Der Inhalt eines modernen volkstümlichen Rechts

Versuch einer Grundlegung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. Main

Vorgelegt von
Wolfgang Kraeuter
Referendar
aus Schneidemühl

1934

Druck: Die Grenzwacht, Schneidemühl

Referent: Professor Dr. Friedrich Klausing
Gegenreferent: Professor Artur Baumgarten
Tag der mündlichen Prüfung: 19. Juli 1933.

DER INHALT EINES MODERNEN VOLKSTÜMLICHEN RECHTS

VERSUCH EINER GRUNDLEGUNG

Das Leben ist kurz — und die Wahrheit wirkt ferne und lebt lange: sagen wir die Wahrheit!

(Schopenhauer)

Inhaltsverzeichnis:

I. Anregung und Berechtigung der Frage nach volkstümlichem Recht . . . . . S. 1

II. Der Umfang des Begriffes und die Notwendigkeit einer totalen Erfassung des Problems . . . . . S. 13

III. Die Inhalte eines volkstümlichen Rechts . . . . S. 25

IV. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen . . . . S. 79

Verzeichnis des benutzten Schrifttums . . . . . S. 105

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552326_0093

I. Anregung und Berechtigung der Frage nach volkstümlichem Recht.

Von den großen Auseinandersetzungen, die diese Zeit bewegen, ist das Recht nicht unberührt geblieben. Es nimmt in seinem ganzen Bestand und mit seinem ganzen Körper an den Erschütterungen teil, die das soziale, kulturelle und wirtschaftliche Leben gepackt haben. Die Unklarheit und Gegensätzlichkeit der Gesinnungen, die jahrelang geherrscht hat, hat auch auf das Recht seine Schatten geworfen: Tadel und Anfeindung, Kritik und Ablehnung, vielerlei Todsagungen im Einzelnen und im Ganzen und eine Fülle pessimistischer Literatur — daneben Reformen und Widerstand gegen sie, Ringen um die Bildung, um die Erneuerung der Rechtsidee — der gesamte geistige Raum um das Recht und seine Probleme war mit einem unübersehbaren Durcheinander feindlicher Kräfte erfüllt.

Das Recht als Kulturerscheinung

In der offenen Schlacht der Meinungen und Bemühungen bestand das Recht zwar fort, aber sein Dasein war seltsam mühselig und fragwürdig geworden. Schon seit langem war es in einen Zustand geheimer Ablösung eingetreten, wo stärker als je neue Inhalte alte Formen durchdrangen und die Wanderung der Werte unter der Oberfläche einsetzte. — Wenn das Recht die Wirklichkeit ist, die „den Sinn hat der Gerechtigkeit zu dienen“[1]), wenn es mit anderen Worten Erscheinung und Ausstrahlung einer Kultur ist, dann könnte man sich denken, daß es nur wankt, weil seine Fundamente wanken und weil sein Boden zerrissen, aufgewühlt und verwüstet ist. Dann schwebt es nicht über uns im luftleeren Raum, dann steht es nicht in den Sternen geschrieben, sondern lebt zusammen mit seinem Volke und hat sein Schicksal. Ganz durchtränkt von dessen Wesen und Geist ist es noch in seinen höchsten und fernsten Gedanken voller Erdenschwere — voll vom Atem derer, denen es dient, die es

Anm. [1]) Radbruch Rechtsphilosophie, S. 32. Es ist in neuerer Zeit vor allem das Werk Kohlers (Lehrbuch der Rechtsphilosophie) und seiner an Kant, Hegel, Fichte und Nietzsche anknüpfenden Richtung, das Recht als Kulturerscheinung begriffen und gewertet zu haben. Fortführung und Ausbau bei Sauer, insbes. Philosophie der Zukunft.

beherrscht und schützt. Ist aber diese Gebundenheit da, dann gibt es keine isolierte Rechtskrise. Dann ist die schwere Stunde unseres Rechts nur die schwere Stunde unserer ganzen Kultur. Alle abgelösten Versuche, das Recht für sich zu retten, wären dann sinnlos. Am Ablauf und Schicksal einer Kultur kann der Einzelne nichts ändern. In der Tat lassen sich viele Dinge in der „Krise des Rechts" schon aus dieser seiner Schicksalsverbundenheit mit dem beispiellos unterhöhlten Boden unserer Welt erklären. Als Hintergrund darf dieser Gedanke an die große Verflechtung nicht vergessen werden. Aber, wie wir glauben, ist damit doch nicht alles erklärt.

Die inneren Risse

Wenn man das Recht, wie es heute gilt, länger und eingehender betrachtet, so sieht man in seinem Aufbau, in seiner gedanklichen Struktur und in seiner Form einen bleibenden, ja wachsenden Bestand von inneren Zwiespältigkeiten — um es schärfer zu sagen: man gewinnt das Bild einer gefährlichen und reibungsvollen Nichtdeckung zwischen den Ideen, welche, vielleicht am ehesten im Sinne Hegels als „in der Wirklichkeit wirkende Mächte" verstanden, die Zeit gestalten, zwischen einer so begriffenen Wirklichkeit also und dem Recht[2]). Und man erkennt die beängstigende Tatsache, daß hier große und weittragende Welten aneinander vorbeigelten, die an sich den gleichen Generalnenner und den gleichen Stoff haben, nämlich den Menschen, und die sich aufs engste decken müssen, um nicht unfruchtbar zu sein. Daneben fällt an unserem Recht eine weitere Erscheinung auf. Es ist die starke Spannung zwischen seiner besonderen Art von „Vergeistigung" in Ausdruck und Denkweise und dem sogenannten „natürlichen" Denken und Sprechen. Die Insichgekehrtheit einer vollendeten Geschlossenheit der Begriffe und Denkformen, aber auch der leichte Alpdruck eines nahezu scholastischen Scharfsinnes von auffallender Beziehungslosigkeit, die kühle Einsamkeit der Abstraktion geht von unseren größeren Gesetzeswerken aus. Ihr Leben oder vielleicht ihre Leblosigkeit ist häufig nicht „von dieser Welt". Auch h i e r i n zeigt sich die gleiche Abkehr des Rechtes vom rechtsergriffenen Menschen. Zwischen dem Recht und dem Menschen breitet sich daher die notwendige Schicht von Vermittlern immer machtvollkommener, zentraler und ausschließlicher aus. Sie ersetzt die unmittelbaren Zugänge, aber sie versperrt sie

Anm. [2]) Spengler, Untergang II, S. 97: „. . . die Wirklichkeit schreitet nicht mit, sondern neben der Rechtsgeschichte her".

auch. Gegensätze, die man unter der Herrschaft des gemeinen Rechts als „Volksrecht" und „Juristenrecht"[3]) empfunden und gekennzeichnet hat, haben sich schließlich heute dahin ausgeglichen, daß an die Stelle einer natürlichen Vermittlung durch den Juristen eine Art von Verdolmetschung getreten ist. Sie ist nötig, um aus der fremdgewordenen Sphäre des Rechts Sätze und Gedanken in die Sprache des Lebens und der Menschen zu übertragen.

In all diesen Verschiedenheiten liegt ein Gleiches offen zutage: die Zerrissenheit eines Zusammenhanges, der für jedes Recht Lebensnotwendigkeit, vielleicht die wichtigste ist. Und darin ist, wenn man diese Dinge als wesentlich anerkennen will, eine ganz für sich gesonderte „Krise" gegeben, ein eigener Weg hinein in den luftleeren Raum, unabhängig von der Gefährdung des Rechts durch seine Verbundenheit mit einer erschütterten Kultur.

Die „isolierte" Krise

So begreift man die ganze Schwere der Lage erst, wenn man diese beiden Dinge zusammen zu sehen vermag: Erschütterung des Rechts durch eine gemeinsame allgemeine kulturelle Gefährdung u n d tiefere eigentliche Erschütterung des Rechts durch Lockerung der Zusammenhänge mit dem lebendigen Menschen und den großen gestaltenden „Wirklichkeiten", in denen er steht.

Aus der Beobachtung dieser Isolation und dem Wunsche, ihr mit allen Mitteln zu begegnen, ist die Forderung nach einem volkstümlichen Recht ganz von selbst entstanden. Denn ein „volkstümliches" Recht, gleichgültig, wie es im Einzelnen aussehen mag, kann in der Tat nur den einen Sinn und die eine Aufgabe haben, das Recht aus seiner Absonderung heraus wieder in ein näheres und lebendigeres Verhältnis innerer Teilnahme zum Volke, zur Gemeinschaft zu bringen. Eine solche Verbindung ist kein akademisches Postulat, sondern eine tiefe Notwendigkeit[4]).

Einmal weist schon das ganze Wesen des Rechts auf sie hin. Das Recht empfängt seine Aufgabe und seine Ziel-

Anm. [3]) Vgl. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht.

Anm. [4]) Das ganze Schrifttum über volkstümliches Recht hallt von der Behauptung wider, daß ein solches Recht „Vertrauen" schaffe, die „Entfremdung zwischen Volk und Recht" beseitige und Ähnliches. Besonders bei Gierke, Das BGB und der deutsche Reichstag S. 13 ff. und bei Rumpf, Ideal des volkst. Rechts, S. 10 findet sich eine sehr schöne Rechtfertigung der Allgemeinverständlichkeit eines Gesetzes. Die Grundfrage aber, warum das Recht eines besonderen Verständniszusammenhanges mit seinem Publikum bedarf, wird u. W. nirgends gestellt oder beantwortet.

Berechtigung der Volkstümlichkeit

setzung dort, wo der „Einzige und sein Eigentum" aufhört, allein zu existieren, wo die Robinsonade der Isolation in das Zusammenleben in einer Gemeinschaft einmündet und das Recht seine Funktion als Ordnung dieses äußeren Gemeinschaftslebens ausübt. Damit ist das Recht seinem Gegenstand, seiner stofflichen Unterlage und seinem Ziel nach ununterbrochen dem Leben und dem Menschen auf das engste verhaftet. Im Gegensatz zu den Naturwissenschaften, deren unmittelbarer Gegenstand in diesem Sinne nicht der Mensch ist, erwächst daraus für das Recht die Notwendigkeit eines direkten Verständniszusammenhanges mit dem Leben und dem Menschen. Diese Notwendigkeit ist in dem Augenblick wahrhaft unentbehrlich, wo der Mensch Gesetz und Recht nicht mehr wie in unseren geschichtlichen Anfängen als gottgegebene Ordnung oder als unantastbare durch Tradition und Herrscher autoritativ gesetzte Regel, sondern, wie Rousseau sagt[5]) — als ein „Verzeichnis seiner eigenen Willensmeinungen" empfindet. Der Einbruch des Individualismus in die geistige und politische Welt Europas bringt daher nicht nur tatsächlich die Selbstbestimmung allen gesetzten Rechtes durch die organisierte Gemeinschaft, den Staat. Er verschiebt auch die Schwerpunkte der inneren Beziehung des Menschen zum Recht vollkommen. An die Stelle gläubiger Unterwerfung unter einen göttlichen Willen tritt der freiwillige Gehorsam gegenüber einer selbstgeschaffenen Bindung und das Sicheinordnen aus Einsicht. In diesem Sinne gilt das geistige Erbe des Gesellschaftsvertrages zwischen uns weiter. Das heißt aber — aus der Perspektive des rechtsunterworfenen Menschen gesehen — überall dort, wo er im Leben dem Recht begegnet, und das geschieht unzählige Male in einem jeden Dasein, dort will er es nicht als fremde unbegreifliche Macht vorfinden, von der eine erschreckende Gewalt über sein Leben, seine Freiheit, seine Arbeit, seinen Besitz ausgeht, sondern er will ein Gesetz vorfinden, dessen Geist wenigstens er zu ahnen vermag, dessen Sinn er versteht, dessen Sprache, wenn auch veredelt und gewandelt doch im Grunde die seine ist und durch das er sich geschützt und verstanden fühlt. Denn im Gesetz, als in seiner eigenen Schöpfung begegnet sozusagen der Mensch als Einzelwesen sich selbst als Gemeinschaftswesen und darum verlangt er und darf er verlangen, daß er sich wenigstens noch einigermaßen wiederzuerkennen vermag.

Nachwehen des Gesellschaftsvertrages

Anm. [5]) Gesellschaftsvertrag, Buch II, Kap. 6.

Dazu kommt in unserer Zeit ein leidenschaftliches und allgemeines Bedürfnis des modernen Menschen nach Teilnahme am öffentlichen Leben und an allen geistigen und kulturellen Gütern. Es äußert sich in einem Hunger der Massen nach Wissen, wie er in dieser Form noch niemals dagewesen ist; sodann in der Forderung nach Öffentlichkeit und Durchsichtigkeit aller der Vorgänge, Ereignisse und Einrichtungen politischer, wirtschaftlicher, sozialer Art, die das Leben bestimmen. Sein ausgeprägtestes Symbol ist die Macht und die Rolle der Presse im modernen Leben, die geradezu das Bedürfnis der „Teilnahme Aller an Allem" verkörpert. Man hat den letzten Grund hierfür in einer statistischen Tatsache, jener berühmten Sombartschen Zahl sehen wollen, wonach die Bevölkerung Europas vom 6. bis zum 19. Jahrhundert nie 180 Millionen Einwohner überschritten hat — innerhalb eines Jahrhunderts jedoch, von 1800 bis 1914 plötzlich auf das Dreifache — auf 460 Millionen gestiegen ist! Der spanische Philosoph Ortega Y Gasset hat eine höchst geistvolle und ungewöhnliche Philosophie auf dieser Zahl aufgebaut[6]). Unleugbar ist jedenfalls, daß ein unentwegtes Vordringen der Massen in alle Bezirke geistiger und kultureller Güter eingesetzt hat und daß sich dieser Vorgang im Gebiet der Wissenschaften zu einem wahren Zeitalter der Popularisierung ausgewachsen hat. Und so ist die Popularisierung allen Wissens und aller am Leben wirkenden geistigen Kräfte heute eine Tendenz ohne Ende und die Mittel dafür sind ohne Zahl[7]). Nur das Recht steht zu dieser Ent-

Der Aufstand der Massen

Anm. [6]) Im Aufstand der Massen".

Anm. [7]) Bezeichnend hierfür ist das Extrem der russischen Zustände. In der neuesten Arbeit über Rußland (Th. Seibert, Das rote Rußland) wird statistisches Material über die fantastischen Auflageziffern des „Grossisdat" (Staatsverlages) — 491 700 000 Bücher und Broschüren in rund 10 Jahren! — und von dem geistigen Hunger der Massen berichtet. Man vgl. besonders das Kapitel „Das rote Buch" (Kap. 13 S. 164 ff) und „Kultur als Massenware" (Kap. 11 S. 147 ff) a.a.O. Bei uns ist das Prinzip dasselbe, vielleicht teilweise das Niveau ein anderes. Die Idee der Vermittlung von wissenschaftlichem Gedankengut in volkstümlicher Form reicht von Reclams Universalbibliothek über die Sammlung Göschen bis zu Ullsteins „Wege zum Wissen". Das Bedürfnis volkstümlicher Vermittlung ganzer Wissensgebiete ist ungeheuer. Wir geben hier nur einige beliebig vermehrbare Beispiele. Von Staubs Psychoanalythisches Volksbuch, über Klabunds Literaturgeschichte, und den vorzüglichen Reiners, Die wirkliche Wirtschaft, bis zu Winkler, Deutsches Recht im Spiegel deutscher Sprichwörter mit dem Untertitel „Ein Lese- und Lernbuch für das deutsche Volk" verteilt sich diese Art volkstümlicher Darstellung über alle Wissenszweige.

wicklung und diesem Bedürfnis in einem bedrohlichen und unnatürlichen Widerspruch.

Aus der Einsicht[8]), daß es mehr als irgendeine andere Disziplin der Verbindung und Beteiligung, des Vertrauens durch Kenntnis und Einsehbarkeit in seine Gedanken und sein Wollen bedarf, wenn es nicht an seiner Isolation in einem tieferen Sinne verloren gehen soll, wird unabweisbar die Forderung nach volkstümlichem Recht und allen Mitteln, es dem Volke näher zu bringen, es volkstümlich zu machen[9]), gerechtfertigt.

Das Märchen vom volkstümlichen Recht

Die Forderung selbst ist schon seit Jahren immer wieder erschienen. Begeistert oder skeptisch als Allheilmittel empfohlen, schnell bejaht oder verneint, wird sie von der Mehrzahl unserer Gegenwartsjuristen im Grunde für eine Utopie gehalten, für ein Märchen aus der Kinderzeit der Rechte. Seitdem allerdings das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch erschienen ist und überall Achtung, Zustimmung und Verbreitung gefunden hat, hat das Märchen etwas von seiner Unwahrscheinlichkeit eingebüßt und die Forderung hat ihr schlimmstes Odium verloren. Man beginnt einzusehen, daß volkstümliches Recht nicht unter allen Umständen als die Herausgabe eines bürgerlichen Gesetzbuches „für die reifere Jugend" oder als Einführung einer Rechtsfibel mit juristischen Abziehbildern und graphischen Darstellungen[10]), orientiert an der letzten

Anm. [8]) Dort, wo Leben und Recht am unmittelbarsten aufeinandertreffen, beim Richter, hat man das Bedürfnis und die Notwendigkeit einer vertrauenschaffenden und verbindenden Funktion zwischen Recht und Volk schon sehr früh begriffen und immer wieder mit allen Mitteln erstrebt. Von solchen Bestrebungen ist die Deutsche Richterzeitung voll. Vgl. nur Kade, in DRZ V. Nr. 16. S. 638 ff; derselbe in DRZ IX Nr. 7/8 S. 181 ff und DRZ 1913 S. 1 ff; ferner Mangler, DRZ V. Nr. 16 S. 631 ff; Hellwig in DRZ VII Nr. 21/22 S. 760 ff; Kracht in DRZ VII, Nr. 5/6 S. 159 ff u. V. m. Außerdem hat Kade seine Zeitschrift „Deutsches Recht" (Verlag Maass & Plank, Berlin N 4) mit dem einen Ziel der Verbreitung von Rechtskunde im Volke gegründet.

Anm. [9]) Über die einzelnen Mittel vgl. Anm. [42]). In Rußland hat man — allerdings aus vorwiegend politischen Motiven — alle Möglichkeiten der modernen Technik in den Dienst dieser Idee gestellt: Radio, Filmaufnahmen, Jupiterlampen in den Gerichtsverhandlungen usw. Vgl. Seibert a.a.O. S. 183 ff (Kap. 15).

Anm. [10]) Daß jede Idee, die ins Volk dringen und dort Fuß fassen will, vor allem a n s c h a u l i c h sein muß, lehrt die häufige Illustration mittelalterlicher Rechtsbücher (vgl. z. B. Amira, Bilderhandschrift des Sachsenspiegels). Unsere Form der Veranschaulichung rechtlicher Gedanken kann jedoch n u r in der Plastik, Klarheit und geistigen Ordnung der S p r a c h e, des Satzbaues, fortlaufender Artikelüberschriften, des Aufbaus, der Gliederung und ähnlichem liegen. Darin ist vorbildlich das allgem. Landrecht und das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch.

Dummheit des berüchtigten „einfachen Mannes“[11]) verstanden werden muß, mit der ausgerichtet man nun daran gehen wird, die komplizierten und höchst empfindlichen Gewebe unseres modernen Lebens rechtlich zu erfassen. Dieses Vorurteil hat das Schweizerische Zivilgesetzbuch zum Glück beseitigt. Und je eingehender man es kennenlernt, desto weniger kann man sich der Einsicht verschließen, daß dieses Gesetzwerk schließlich nicht das Rechtslesebuch eines Hinterwäldervölkchens, fern aller Zivilisation für Kleinrentner — und Kuhhirtenverhältnisse, darstellt, sondern daß es immerhin das Recht eines hochzivilisierten, im Herzen Europas lebenden Geschäfts- und Industrievolkes ist, an das durch die Dreisprachigkeit seiner Zusammensetzung und die Vielfalt seiner partikulären Rechte noch Aufgaben ganz besonderer gesetztechnischer, sprachlicher und inhaltlicher Schwierigkeit gestellt waren. Man darf daher heute als selbstverständliche Grundlage jeder Diskussion über das Thema der Volkstümlichkeit überhaupt stillschweigend voraussetzen, daß dieser Begriff in einem r e l a t i v e n Sinne, — bestimmt, ausgerichtet und begrenzt durch die Verfeinerung, Verschlungenheit und technische Kompliziertheit des modernen Lebens erörtert und begriffen werde.

„Relative“ Volkstümlichkeit

Die Häufigkeit dieser Forderung und die Selbstverständlichkeit, mit der sie teilweise ausgesprochen wird, lassen sogar vermuten, daß es der Zeit wirklich einmal ernst werden könnte mit der Idee eines solchen Rechtes.

Die Aufgabe

Anm. [11]) Sehr schön und vernünftig heißt es schon in einer alten Schrift („Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der Preußischen Staaten“, 1793, S. VIII ff): „Wir haben uns unter Volk nicht den ganz gemeinen Mann gedacht . . . sondern . . . diejenige Classe von Staatsbürgern . . ., die, ohne eigentliche gelehrte Erziehung durch einen gewöhnlich guten Schulunterricht zum Nachdenken einigermaßen vorbereitet, deren Seelenkräfte durch ihren Gebrauch bei nicht bloß animalischen oder tierischen Funktionen des häuslichen und bürgerlichen Lebens, vielleicht auch durch einige Lektüre schon etwas ausgebildet und die also fähig sind, allgemeine Wahrheiten und Grundsätze, . . . ohne wissenschaftliche Einkleidung vorgetragen . . , zu begreifen und einzusehen.“ (!) Wir alle kennen den Typ des intelligenten unverbildeten „einfachen“ Mannes, der Vernünftiges zu begreifen und den Sinn klarer Rede und klaren Vortrags zu fassen weiß. Dieser Typ ist in unserem Volke als Arbeiter, Handwerker, Gewerbetreibender, Kaufmann — kurz überall vorhanden — ihn aber definieren zu müssen, erinnert an das, was Pascal (Pensées sur la réligion, I, 2) über den Wert derartiger Definitionen selbstverständlicher und allgemein gewußter Dinge sagt. Er fragt bei der Platonischen Analyse des Begriffes Mensch als eines „Tieres mit zwei Beinen und ohne Federn“ — „Weiß man nicht ganz genau, welches Ding man mit diesem Ausdruck bezeichnet?“

Dabei hat die Forderung sozusagen ihr eigenes Schicksal mit tragischer Ironie bereits an sich selbst erfahren: sie ist eine zeitlang populär geworden und zwar nicht gerade zu ihrem Vorteil. Sieht man das einschlägige Schrifttum[12]) durch, so findet man viele schöne, ernstgemeinte und hohe Worte, hier und dort auch eine tiefergreifende Einzeluntersuchung oder einen wertvollen Vorschlag — aber im Ganzen genommen ist das Thema entweder nur programmatisch oder in Teilgebieten, mit Vorliebe aber rein weltanschaulich aus der Fülle nationalen Gefühls — überall jedenfalls ohne den Versuch einer tieferen grundlegenden Zusammenschau behandelt worden. So gewiß es nun ist, daß man ohne Weltanschauung, d. h. ohne letzte Grundstellung zum Leben und seinen Fragen im Recht nichts von Belang aussagen kann, so gewiß ist es auch, daß Weltanschaulichkeit allein zur Lösung der eigentlichen sachlichen Fragen des Rechtes nicht ausreicht. Vielmehr kann nur die Verbindung von Gesinnung u n d Sachkunde eine Rechtsgestaltung von wahrer Wirklichkeitsgeltung hervorbringen.

Daraus eröffnet sich hier eine Aufgabe. Es fehlt an einer systematischen und differenzierten Untersuchung, an genauerer wissenschaftlicher Klarstellung der Fragen und des Begriffes der „Volkstümlichkeit". Vor allem gilt es u. E. Klarheit zu schaffen in zweierlei Hinsicht:

E r s t e n s muß einmal grundlegend gezeigt werden, in welche Hintergründe und letzten Werte die Idee eines volkstümlichen Rechtes hinabreicht, welche von diesen Werten man m. a. W. bejahen, welche man verneinen muß, um zu einem solchen Recht überhaupt gelangen zu können. Die weltanschaulichen Voraussetzungen und ihre Spannweiten müssen beleuchtet und erwogen werden.

Z w e i t e n s gilt es aber ebensosehr im Gebiet der tatsächlichen Rechtsordnung die verschiedenen Ausgangspunkte und Ansatzflächen für den technischen und gedanklichen, für den p r a k t i s c h e n Ausbau eines solchen Rechtes im Einzelnen Punkt für Punkt aufzuzeigen. Es sind die sachlichen Voraussetzungen und Möglichkeiten in ihrem ganzen Umfang und in ihren Grenzen darzustellen.

Erst eine solche Umfassung aller Fragen in Form einer Grundlegung macht u. E. das Problem in seiner

---

Anm. [12]) Genaue Besprechung auf den nächsten Seiten.

Totalität, d. h. in seiner Weite, in seinem Kern und in seinem Tiefgang sichtbar. Sie deckt auf, was „Volkstümlichkeit" eines Rechts eigentlich bedeutet und wie sie zu erreichen ist. Ihr Sinn liegt infolgedessen darin, Klarheit über Begriffe und Zusammenhänge zu schaffen und damit als tragende Verbindung zwischen Einzelheiten jenes unumgänglich notwendige innere Gerüst, jenen planvollen Grundriß für den praktischen Ausbau zu liefern, ohne den Ideen, Gesinnungen und sachliche Maßnahmen beziehungslos aneinander vorbeischweben. —

Aus dem Wesen dieser Aufgabe ergibt sich eine vorwiegend rechtsphilosophische Betrachtungsweise als die fruchtbarste und gemäßeste.

Stofflich erscheint das „bürgerliche" Recht und der Ring seiner Grenzgebiete als natürlicher Schwerpunkt, als gedankliche Mitte und Ausgang der Untersuchung. Denn auch heute noch stellt das bürgerliche Recht den Dekalog und die eigentliche innere Achse aller Rechtsordnungen dar.

II. Der Umfang des Begriffes und die Notwendigkeit einer totalen Erfassung des Problems.

Umfang der Volkstümlichkeit

Auf den ersten Blick ist es nicht schwierig, sich unter volkstümlichem Recht etwas vorzustellen. Volkstümlich — so sollte man meinen — ist ein Recht, das den Eigenarten seines Volkes entspricht und ihm sprachlich verständlich ist. Das deutsche Recht wäre demnach volkstümlich, wenn seine Rechtsgedanken deutsch wären und sein sprachlicher Ausdruck sie erfaßbar darböte. So ähnlich ist der Begriff denn auch stets gegeben worden. Dabei ist man sich allerdings nicht ganz einig darüber, was „deutsch" und was „verständlich" in diesem Sinne zu bedeuten habe. Und es ist auch nicht recht klar, ob Volkstümlichkeit des Rechts b e i d e s zu umfassen habe, die Inhalte des Rechts u n d seine Ausdrucksformen, oder ob man sich nicht schon mit der Volkstümlichkeit in e i n e r Richtung begnügen könne. Vor allen Einzelauseinandersetzungen mit beiden Möglichkeiten volkstümlicher Gestaltung steht daher die Grundfrage nach dem U m f a n g d e r V o l k s t ü m l i c h k e i t.

Meinungen im Schrifttum

Die Antwort hierauf vermittelt am leichtesten eine Durchsicht des einschlägigen Schrifttums[13]). In ihm nämlich findet man sogleich dieselbe Zerlegung des Stoffes in Inhalt und Form, die — als gebräuchlichste und einfachste Methode menschlichen Denkens überhaupt[14]) — gerade unsere Frage nach dem Umfang des Begriffes erst aufgeworfen hat. Der eine Teil der Schriftsteller, die sich mit volkstümlichem Recht befaßt haben, sieht die Volkstümlichkeit nur in einer i n n e r e n Richtung, einer bestimmten innerlichen Eigenschaft des Rechts. Er sucht sie allein in seinen I n h a l t e n. Danach soll sich der Grundgehalt der Rechtsnormen mit den Grundanschauungen des Volkes, vor allem mit den Wesenszügen des d e u t s c h e n Volkes decken. Die letzten Wertungen des Rechts, ausstrahlend in die Fülle der Einzelbestimmungen, sollen den wesentlichen Wertungen des „deutschen Menschen" entsprechen. So etwa will Deinhardt, der sich gerade vor

---

Anm. [13]) Ein besonderes Kapitel über das Spezialschrifttum erübrigt sich dadurch. Die Auseinandersetzung mit den einzelnen Auffassungen erfolgt laufend während unserer Untersuchung. Die Gegenüberstellung der vorgetragenen Meinungen mit dem Gedankengang und den Ergebnissen unserer Arbeit zeigt von selbst, was wir Neues und Anderes zu sagen haben.

Anm. [14]) Wir erinnern an Simmels Wort (Hauptprobleme der Philosophie, Kap. I, S. 16): „Es gibt vielleicht keine Notwendigkeit des Denkens, deren wir uns — obgleich sie weder logischen Zwang noch den der fühlbar gegebenen Tatsächlichkeit enthält — so wenig entschlagen können, als der Zerlegung der Dinge in Inhalt und Form."

10 Jahren leidenschaftlich, programmatisch und sehr unbedenklich für ein volkstümliches Recht eingesetzt hat, dieses Recht verstanden wissen. Nach ihm soll es „eigenwüchsig“[15]) sein, eingestellt auf „die unmittelbar gefühlten seelischen, geistigen und wirtschaftlichen Nöte unserer Tage“[16]). Es soll als ein „Wirklichkeitsrecht“[17]) das „Natürliche, Ursprüngliche, Echte“[18]) verkörpern, hervorgegangen „aus einer Verbindung von Kopf und Herz“[19]) und aus der „inneren Notwendigkeit der Dinge und Menschen“[20]). Ausgehend vom „sittlichen Empfinden, vom Sittengesetz“[21]) soll es als wesentlichstes Element einen typisch nationalen, den d e u t s c h e n Gehalt haben. Deinhardt faßt seine Auffassung von volkstümlichem Recht in die Worte zusammen[22]): „Ein volkstümliches deutsches Recht wollen wir, aus dem Lebensgefühl der Gegenwart geboren, von deutscher Wurzel herstammend, von der deutschen Gemeinschaft, Verantwortung und Treue, Mannestreue und Bruderschaft, Kameradschaft, von der deutschen Familie und anderer Genossenschaftlichkeit her, von deutschen Berufsständen mit ihrer Arbeits- und Berufsehre. Wir wollen ein Gegenwartsrecht, das von der Vergangenheit zur Zukunft weist.“ Ähnlich sind die Auffassungen Klees[23]) und Stier-Somlos[24]). Für Klee ist Volkstümlichkeit im Recht Übereinstimmung mit dem, „was das Volk denkt und sittlich empfindet“[25]). Stier-Somlo gibt keine eigentliche Definition, da sich seine Abhandlung nicht unmittelbar mit dem Thema der Volkstümlichkeit beschäftigt. Er verwendet jedoch bei der Zusammenfassung seiner Ergebnisse den Ausdruck „Volksrecht“[26]) und gebraucht ihn dem Thema und Inhalt seiner ganzen Arbeit nach im Sinne eines Rechtes, das die Rechtsüber-

Anm. [15]) Deinhardt, Volkstümliches Recht, S. 28. — Die hier unmittelbar folgende Darstellung befaßt sich nur mit größeren Einzelmonographien, die das Thema ernsthaft und wissenschaftlich behandeln. Wo es in einem wesentlichen aber vereinzelten Punkte in anderen Zusammenhängen gestreift wird, ergeben die Anmerkungen während der Arbeit. Überflüssig und unwesentlich erschien es, hier jeden von den zahllosen Zeitungsaufsätzen oder nebensächlichen Randbemerkungen aufzuführen, die von volkstümlichem Recht ohne beachtliche Perspektive — „um der guten Sache willen“ — reden.

Anm. [16]) Deinhardt, S. 53.

Anm. [17]) derselbe S. 56, 66; [18]) S. 69; [19]) S. 86; [20]) S. 76; [21]) S. 34; [22]) S. 67.

Anm. [23]) Klee, der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichts.

Anm. [24]) Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle.

Anm. [25]) Klee a.a.O. S. 72.

Anm. [26]) Stier-Somlo a.a.O. S. 83.

zeugungen des Volkes verkörpert. K a d e, der unermüdlichste und eigentlichste Vorkämpfer eines volkstümlichen Rechts, der durch die Gründung seiner volkstümlichen Zeitschrift „Deutsches Recht", durch zahllose Aufsätze und Vorträge als Einziger mit seinen Lehren und theoretischen Forderungen praktischen Ernst gemacht hat, kennzeichnet mit dem Ziel der Einbürgerung eines Rechts, an dem er ebenfalls „den Ton der deutschen Eigenart und Gesittung"[27]) als Haupterfordernis betont, seine Begriffsbestimmung.

Der Übergang zu der a n d e r e n Auffassung des Volkstümlichkeitsbegriffes wird von Oertmann[28]) gegeben. Er sieht in „der Phrase nach der Volkstümlichkeit des Rechts" vor allem den Ruf nach einem Gesetz, das „nur allgemein verständliche, dem Rechtsgefühl des einfachen Mannes aus dem Volk unmittelbar einleuchtende Vorschriften"[29]) enthält und das „die dem Rechtsgefühl und den gesellschaftlichen Bedürfnissen des Volkes entsprechenden Ergebnisse"[30]) liefert — wobei er zu dem einigermaßen erstaunlichen Befund kommt, unser geltendes bürgerliches Recht, „voran das BGB" sei in d i e s e m Sinne volkstümlich. Er weist damit auf den zweiten wesentlichen Bestandteil der Volkstümlichkeit hin, ohne den dieser Begriff nicht vollständig gedacht werden kann: auf die A l l g e m e i n v e r s t ä n d l i c h k e i t der Rechts- und Gesetzesfassung[31]). Ausschließlich in dieser Richtung sucht und findet R u m p f in seiner Studie „Das Ideal des volkstümlichen Rechts" den Schwerpunkt der Volkstümlichkeit. Für ihn ist volkstümlich schon d a s Recht, „das sich dem Verständnis des Volkes leicht erschließt, also laienverständlich ist"[32]). Als „Volk" in diesem Sinne begnügt er sich mit den Oberen Zehntausend.

Es bedarf keines besonderen Scharfsinnes, um zu erkennen, daß sich der richtige Begriff des volkstümlichen Rechts — wie ihn auch Gierke und Andere[33]) verwenden

Anm. [27]) Kade, außer vielen ähnlichen Aufsätzen, in DRZ 9. Jahrg. Nr. 78 S. 181.

Anm. [28]) in „Volkstümliches Recht".

Anm. [29]) Oertmann a.a.O. S. 351.

Anm. [30]) Derselbe S. 359.

Anm. [31]) Oertmann a.a.O. S. 356.

Anm. [32]) Rumpf S. 6 a.a.O.

Anm. [33]) Gierke a.a.O. S. 11 ff, 27 ff. Unausgesprochen aber unzweifelhaft auch Kohler in seiner Besprechung „Eugen Huber und das Schweizerische Zivilgesetzbuch" und Rümelin, Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch u. s. Bedeutung für uns, insbes. S. 5 ff, 25 ff. Bei allen Schriftstellern fehlt es jedoch an einer Begründung, die, wie sogleich

— nur aus einer Verbindung von Inhalt und Form gewinnen läßt. Beide Elemente bilden eine natürliche höhere Einheit, sie bedingen sich ihrer ganzen Beschaffenheit nach wechselseitig, wenigstens aber erfordern sie sich: ein Recht, das die Rechtsüberzeugungen und die Grundgedanken eines Volkes — wenn es solche hat — enthält und ausspricht, wird notwendig einen gewissen Grad von Allgemeinverständlichkeit besitzen. Andererseits kann sich ein Recht, das laienverständlich sein soll, nicht in völlig w e l t - oder wesensfremden Gedankenkreisen bewegen. Das scheint jedoch nur so. Denn dieser Schluß ist leider in keiner Weise zwingend und gerade deshalb wird eine besondere Begründung unserer Auffassung erforderlich. Genau so gut nämlich wie die scheinbar notwendige Entsprechung volkstümlicher Inhalte durch volkstümliche Rechtsformen und umgekehrt, ist ihr Auseinanderfallen denkbar und solche Fälle „einseitiger" Volkstümlichkeit sind tatsächlich in der Geschichte erschienen: das mit den Grundanschauungen „seines Volkes" übereinstimmende Recht kann durch Breite und Zerfahrenheit seiner Form oder durch Mangel an Niederschrift im Sinne der Allgemeinverständlichkeit äußerst unvolkstümlich sein, ohne es in seinen Inhalten zu werden. Dafür ist das englische Recht ein musterhaftes Beispiel. Es ist eine besonders klare Ausprägung der ihm zugrunde liegenden Volkspsyche. Seine Präjudizienfreudigkeit, seine Abneigung

Verbindung von Inhalt und Form.

„Einseitige" Volkstümlichkeit.

klar werden wird, nötig ist und den Weg bildet zu der richtigen Erfassung der Aufgabe eines volkstümlichen Rechtes überhaupt. Mit das Beste hat über unser Thema Gierke a.a.O. geschrieben. Seine wertvolle Mitarbeit, praktischen Vorschläge und zentralen Gedanken bei der Erschaffung des BGB zwingen alle, die sich von neuem mit der Frage befassen, sich mit ihm auseinanderzusetzen. Freilich ist der größte Teil seiner praktischen Forderungen durch die Entwicklung überholt, neue Gesichtspunkte und Rechtsgebiete sind hinzugekommen und werfen ganz neue Fragen auf. Das gilt besonders für die volkstümlichen „Rechtsinhalte". Sie sind heute zum größten Teil anders als vor 30 Jahren. Außerdem beschränkt sich Gierke auf das Gebiet des BGB. Es ist ihm nicht wie uns gedanklicher Ausgangspunkt, sondern ausschließlicher Gegenstand der Untersuchung.

Anm. [34]) Erinnert sei nur an die noch ganz mittelalterlichen Formen der Eheschließung in Schottland, an die Eigentümlichkeiten des Pacht- und Adelsrechtes, an die patriarchalische Stellung des Ehemannes bis zum Erscheinen der „Matrimonial Causes Act" von 1923. Vgl. hierzu Geldart. Grundzüge des englischen Rechts, Kap. IV, 6 (S. 58/60) Wertheimer, Entwicklungstendenzen; S. 12 sieht u. a. in der Stellung des englischen Richters einen großen Teil des Volkscharakters zum Vorschein kommen: „. . . der Opportunismus, der praktische Sinn, der die Gelegenheit zu nutzen weiß, der seine Handlungsweise nicht von theoretischen Vorstellungen, sondern von der Gestaltung der

gegen Kodifikationen und seine Vorliebe für Kasuistik macht es jedoch selbst für den Rechtskundigen zum Gegenstand dornenvollster Bemühung, für den Laien aber zum vollkommenen Rätsel. In England weiß kein Mensch vorher, ob sein Rechtsstreit nach einer Norm des common law aus den Zeiten Eduards I. oder Heinrichs VIII. oder nach dem neuesten statute law entschieden werden wird[35]). So kann man diesem Recht denn auch alles nachsagen nur nicht Allgemeinverständlichkeit. Ebenso aber ist umgekehrt ein Recht denkbar, das durch konkrete Kasuistik und einfache Sprache laienverständlich ist, einem Volke aber dennoch ganz wesensfremde Rechtsgedanken bringt. Das läßt sich in vollem Umfang von dem Preußischen Allgemeinen Landrecht behaupten. Es ist durch seine prachtvolle Anschaulichkeit, durch seine einfache, kurzgefaßte Sprache, durch seine fortlaufenden Artikelüberschriften hervorragend laienverständlich — wenigstens im Einzelnen[36]). Als Ganzes war es wohl wirklich „gar zu dicke", um nicht mit seinen 17 000 Paragraphen die Fassungskraft des „einfachen Mannes" alsbald zur Strecke zu bringen. Aber in seiner unmittelbaren Anspruchsrichtung an den Rechtsuntertanen und in allen seinen Einzelgebieten war es das sprachlich volkstümlichste deutsche Gesetzbuch, das wir seit der Reception überhaupt gehabt haben. Und trotzdem enthielt es im Wesentlichen römisches Zivilrecht. Sehr ähnliches gilt vom Code Napoléon, der sich in Baden und im Rheinland beinahe 100 Jahre lang allgemeiner Beliebtheit erfreute, wobei er den deut-

Verhältnisse leiten läßt, ja, vielleicht auch die britische Maxime des „not to commit him self", des Sichnichtfestlegens."

Anm. [35]) Vgl. Geldardt a. a. O. Kap. I, 1—4 (S. 2 ff. insb. S. 5!) der als anerkannte Autorität und einer der besten Kenner des englischen Rechtes spricht. Ferner Blomeyer, Recht und Gericht in England und in Deutschland, insb. S. 61 ff; sodann Gerland, Die englische Gerichtsverfassung usw., der (I. S. 52, II. S. 739 ff. ausführlich) von „der Gerichtsflucht des englischen Handels als Bankrotterklärung der englischen Gerichtsverfassung", der Rechtsunsicherheit und Unvorhersehbarkeit der Entscheidungen spricht; derselbe in Probleme des englischen Rechtslebens u. V. m. — Uebrigens wird hier und überall, wo in unserer Arbeit von fremden Rechten die Rede ist, meistens nur ein Charakteristikum als Illustrationsmittel eines Gedankens gebraucht — und zwar ein Charakteristikum, das im engeren Schrifttum bekannt und unstreitig ist. Denn wir sind uns der Schwierigkeiten und der „Grenzen der Erkenntnis ausländischen Rechts" — vgl. die wertvolle gleichnamige Arbeit Holldack's — voll bewußt.

Anm. [36]) Das läßt sich durch Hunderte von Beispielen erweisen. Aber es genügt, wenn man, erzogen an der Sprachtechnik des BGB., die ersten 5 Titel des ersten Teiles ALR liest.

schen Bürgern französisches Rechts- und Gedankengut und die Segnungen der französischen Revolution in juristischer Form brachte[37]).

Diese Gegenüberstellungen beweisen, daß sich Volkstümlichkeit des Inhalts und Volkstümlichkeit der Form zwar wechselseitig erfordern, daß sie aber in der tatsächlichen Ausgestaltung einer Rechtsordnung möglicherweise sehr wohl auseinanderfallen können. Schon hieraus ergibt sich eigentlich zwingend, daß man umfassend volkstümlich *nur* ein Recht nennen kann, das in seinen Gedanken *und* in seinen sprachlichen Ausdrucksmitteln volkstümlich ist.

Geschichte des Begriffes.

Dazu kommt ein *geschichtliches* Argument, das uns die Herkunft des Begriffes zeigt und die Bedeutung von Form und Inhalt für ihn noch in einem besonderen Licht beleuchtet. Selbst heute sind ja Formen und Inhalte im Recht nicht vollkommen getrennte Welten, sondern fließen vielfach unscheidbar ineinander über. Wie der Stil der ganze Mensch ist, so ist auch Form und Fassung, d. h. die Art und der Ausdruck der Gedankenbildung im Recht schon Inhalt. Bei den Anfängen volkstümlicher Rechte jedoch bildeten sie eine wirkliche und lebendige unlösliche Einheit. Der Prozeß ihrer Absonderung voneinander und ihre immer stärkere Verselbständigung bildet gerade das Stück Rechts- und Kulturgeschichte, das die Ursprünge unseres Rechts bis zu ihrer heutigen Entwicklung durchlaufen haben. Von volkstümlichem Recht kann man historisch nur bei den deutschen Rechten des frühen Mittelalters bis zu ihrer vollendeten Verkörperung in den großen Rechtsbüchern — wie Sachsenspiel, Schwabenspiegel, Carolina — also bis zum Beginn der Reception reden. Das Recht dieser Zeiten war deshalb „volkstümlich", weil es in seinem *ganzen* Bestand unmittelbar aus dem Volke, aus den einzelnen Stämmen *hervorging*. Die Art der Entstehung ist bekannt: seine Bildung vollzog sich beinahe ausschließlich

Anm. [37]) Behagel, Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon S. 18 ff. schreibt die Beliebtheit dieses Gesetzbuches seiner Sprache, dem sehr klaren Aufbau nach einer „aus der Natur der Gegenstände sich bietenden Sachordnung" statt nach einem „Idealsysteme, weiter dem geschickten Einbau der freiwilligen Gerichtsbarkeitsaufgaben im Anschluß an die materiellen Rechtsinstitute und schließlich seinen Grundprinzipien: Freiheit der Person, des Eigentums, Gleichheit Aller vor dem Gesetz etc. zu. In der Tat liest sich noch heute der Code leicht und gut. Auch er ist laienverständlich und überaus schnell einsehbar. Man vgl. die Ausgabe Les cinq codes von Cramer S. 220 bis 229 (die Systematik) und sodann den Text S. 1 ff.

im Wege der Gewohnheit, es pflanzte sich von Mund zu Mund fort, selten nur schriftlich zusammengefaßt in „Weistümern" der Schöffen und Ältesten, von denen man sich zu bestimmten Zeiten des Jahres das Recht, d. h. eben das vorhandene, lebende, im Bewußtsein Aller ungeschrieben gehaltene und vorhandene Recht weisen ließ[38]). Überwiegend aber erbte sich das Recht mündlich durch die Generationen — in denen kaum der 10. Teil schreiben und lesen konnte — auch die Weistümer waren überwiegend mündlich. Recht kam vom Vater auf den Sohn wie Waffen, Grundstück, Stellung der Familie — es war eine allgemeine Angelegenheit, ein gemeinsamer Teil des Zusammenlebens und des Lebens überhaupt. Gelegentliche Ausprägung erhielt es in den zahlreichen, meist humorvollen, immer gehaltreichen und auf eine warme gemütvolle Art treffenden Rechtssprichwörtern, diesen „Bonmots der Rechtsgeschichte", die eine so große Zählebigkeit, Kraft der Anschaulichkeit und allgemeine Gebräuchlichkeit gehabt haben[39]). In ihnen gab sich das hergebrachte wie das sich neu anbahnende Recht gleicherweise das Gerüst seiner ungeschriebenen Gesetze.

Ein solches Recht mußte daher, seiner ganzen Entstehung, Wirkung und Handhabung nach die eigentümliche Denk- und Sprechweise seiner Menschen vollkommen getreu in sich tragen. Auch der Sachsenspiegel, diese große Verdichtung des mittelalterlichen deutschen Rechts, ist eine einzige lebendige Einheit von Inhalt und Form. Eike von Repgau, sein Schöpfer, wußte von römischem Recht so gut wie nichts[40]), was ihn aber nicht hinderte, ein an Tiefe und Kühnheit der Gedanken, an Weite der Verbreitung und Ausmaß der Anerkennung beispielloses Rechtsbuch zu verfassen. Und dieser vortreffliche Mann wurde von dem Grafen Hoyer von Falkenstein gerade noch rechtzeitig genug daran gehindert, sein Werk in einer anderen Sprache herauszugeben als in seinem schönen, ehrbar-plastischen mittelalterlichen Deutsch.

So war eine Divergenz zwischen Inhalt und Form im Recht überhaupt erst mit dem Beginn der Reception möglich. Damals vollzog sich im Recht eine wahrhaft kopernikanische Wendung. Ein fremdes überaus verfei-

---

Anm. [38]) Vgl. Schröder v. Künßberg, Lehrbuch d. dt. Rechtsgeschichte, S. 761/2.

Anm. [39]) Vgl. Winkler, Dt. R. im Spiegel dt. Sprichwörter, und Jacob Grimm, Rechtsaltertümer.

Anm. [40]) Planitz, im Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft V. S. 229.

nertes Recht, erwachsen auf einer fremden Kultur und auf einer kapitalistischen Wirtschaft[41]), griff mit einer ungeheuren, uns trotz aller bekannten Gründe im Letzten kaum verständlichen Gefräßigkeit um sich, setzte sich gegen das deutsche wesentlich agrarisch orientierte Recht überall durch, tilgte dessen Ansätze zur Kodifikation restlos hinweg und eroberte in einem einzigen unaufhaltbaren Zuge alle wichtigen Rechtsgebiete. Gleichzeitig vollzog sich ein ebenso wichtiger innerer Vorgang. Im Recht zerfielen alle bindenden Gewebe und Zusammenhänge, sein natürliches Wachstum verwelkte. Mit der Zerreißung des Zusammenhanges zwischen Recht und Menschen begann der ununterbrochene innere Zellenverfall. Das Rechtsfeld, dessen Bewußtmachung mit beispiellosem Eifer betrieben wurde, sonderte sich ab und wurde bis in die letzten Winkel beherrscht von einer überreifen, komplizierten, mit ausgeschliffenen Begriffen arbeitenden Apparatur, die statt in Lebenseinheiten in Begriffen dachte und deren blendende formale Geistigkeit die große Sünde wider die Natur des Rechts vergessen ließ, die man mit seiner mechanischen Übernahme beging. Die umstürzende Neuheit in dieser Wende aber bestand in der Durchdringung und Erfassung des Lebens durch das reine Denken und durch die Abstraktion. Damals begann im deutschen Recht die Herrschaft des abstrakten Begriffes.

In dieser Umkehrung des Kernes verloren unter anderem auch Inhalt und Form des Rechts ihre natürliche Zusammengehörigkeit in ihrer Zielrichtung auf den Menschen. Der innere Frontwechsel wirkte sich hier besonders scharf aus. Aus den ursprünglich nur als Einheit denkbaren Elementen des lebendigen Rechts entstanden die Sonder„probleme" des Inhalts und der Form, eine Zergliederung und Trennung, die es in der Zeit der klassischen volkstümlichen Rechte nicht gab und nicht geben konnte.

Einheit der Wirkung.

Fügt man diese Gedanken zu einem einheitlichen Ganzen zusammen, so ist zunächst Grund und Ziel volkstümlicher Rechtsinhalte und -formen das gleiche. Beides hat die eine wesentliche Aufgabe, Recht und Volk näher

Anm. [41]) Diesen Gesichtspunkt betont auch Wertheimer, Entwicklungstendenzen. S. 15, 16. Ähnlich Spengler, Untergang Bd. II. S. 94. Vgl. als Grundlage die umfassende unübertroffene Darstellung von Deloume, Les Manieurs d'Argent à Rome, und Colbert, Bankleute und Börsenspieler vor 2000 Jahren.

miteinander zu verbinden. Nach den Ausführungen im ersten Abschnitt unserer Arbeit darf die Berechtigung zu dieser Aufgabe hier vorausgesetzt werden. Wenn wir aber nunmehr nachgewiesen haben, daß Volkstümlichkeit der Inhalte und der Formen praktisch auseinanderfallen können, so bedeutet das nichts anderes, als daß sich die Aufgabe eines volkstümlichen Rechts ihrer eigenen Stoßkraft berauben würde, wenn sie die Volkstümlichkeit der Inhalte gleichsam durch die Unvolkstümlichkeit der Formen wieder aufheben würde oder umgekehrt. Hier setzten wir den weiteren Gedanken der ursprünglichen elementaren Einheit des Rechts ein: da sie als solche unwiederbringlich verloren ist, so können Inhalt und Form im Recht heute nur den Sinn haben, an die Stelle der zerbrochenen elementaren Einheit die Einheit der Wirkung des Rechtes zu setzen. Erfüllbar ist dieser Sinn nur durch den Zusammenklang von Inhalt und Form in dem Augenblick der Berührung des Rechtes mit dem Leben und seiner Begegnung mit dem rechtsverflochtenen Menschen. Da es nun schließlich der Volkstümlichkeit auf nichts anderes ankommt, als auf die Zusammenführung von Recht und Volk und sie dieses Ziel mit der paralysierenden „einseitigen" Volkstümlichkeit gar nicht oder nur sehr unvollkommen zu erreichen vermag, so kann sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgabe schlichthin keines besseren, anderen und natürlicheren Mittels bedienen als eben der Einheit der Wirkung von Form und Inhalt. Denn nur so überbrückt sie ein unorganisches Auseinanderfallen der einzelnen Elemente in der Nutzanwendung des Rechtes auf das Leben und wird zugleich vollendet ihrer eigentlichen Sinnerfüllung gerecht.

Die totale Erfassung und die Begrenzung des Themas.

Nach diesen Schlüssen ist unabweisbar, daß der Umfang der Volkstümlichkeit im Recht Inhalte und Formen vollkommen gleichmäßig zu umfassen habe, und daß eine engere Umzeichnung des Begriffes gleichbedeutend ist mit einer Verkennung der totalen Aufgabenerfassung eines volkstümlichen Rechtes. Man kann daher u. E. keine Untersuchung über das Thema beginnen, ohne von dieser Grundlage auszugehen. Umso weniger aber dort, wo eine Einzeluntersuchung das Schwergewicht nur auf eine Richtung der Volkstümlichkeit legt. Das soll hier geschehen. Im folgenden werden wir uns vor allem mit den volkstümlichen Inhalten eines modernen Rechtes beschäftigen. Die Probleme der Form werden dagegen

überall nur als Ausdruck der höheren Zusammengehörigkeit und Wechselwirkung zwischen beiden Elementen des Rechts angedeutet werden. Diese Beschränkung ist u. E. einmal deshalb erlaubt, weil wir von der totalen Erfassung des Problems in seinem ganzen Umfang ausgehen und also nichts wesentliches mit unserer Rahmenziehung ignorieren. Sie darf ferner stattfinden, weil wir die Kernfrage des formalen Problems — die Frage nach der tieferen Berechtigung volkstümlicher Rechtsformen und aller Mittel der Popularisierung des Rechts bereits grundlegend behandelt und beantwortet haben (Abschnitt I der Arbeit). Sie wird schließlich dadurch möglich, daß wesentliche Hinweise auf die Grundfragen der formalen Seite unsere Untersuchung fortlaufend begleiten werden. Sie wird aber darüber hinaus u. E. noch geradezu erfordert durch ein genaueres Durchdenken der „formalen" Seite der Volkstümlichkeit, die eine große Fülle schwieriger und ganz außerordentlich weittragender Einzelprobleme birgt[42]). Es erschien mit der einfachsten wissenschaftlichen Gewissenhaftigkeit unvereinbar, alle diese Probleme nur an der Oberfläche zu streifen oder im Vorübergehen zu berühren. Eine eingehendere Behandlung aber hätte unsere Arbeit überladen und ihren Charakter als Grundlegung eher verdorben als gefördert.

Anm. [42]) Die meisten formalen Einzelprobleme werden während der Arbeit auftauchen und benannt werden. Hier eine kurze Zusammenfassung und Übersicht. Es handelt sich zunächst um eine grundlegende Entscheidung über die allgemeinverständliche Fassung der Gesetze. Ihren Sinn und Umfang umreißt meisterhaft Gierke a.a.O. S. 13, Rumpf a.a.O. S. 10. Zugrunde liegt die Anspruchsrichtung des Gesetzes: das BGB zum Beispiel hat sich ausdrücklich nicht an das Volk, sondern nur an die Juristen wenden wollen (vgl. Planck, Zur Kritik des BGB usw. S. 424/5). Daraus folgt die Frage nach einer kasuistischen oder abstrakten Stofferfassung, das Maß der Verwendung technischer Begriffe, der Fiktionen, Gebrauch bildhafter Worte, Legaldefinitionen und Präambeln, Voranstellung und Einfügung sogen. Leit- oder Kernsätze, die Verweisungstechnik, Darstellung der Grundgesinnungen und rechtspolitischen Gedanken, jener „Sätze, die trotzdem gelten" (gefordert u. a. von Rumpf a.a.O. S. 12 ff; Kracht a.a.O. S. 163 ff, dagegen Planck a.a.O. insb. S. 419 ff) und die nur bei einem rein für Juristen bestimmten Gesetz fortgelassen werden können. Alle diese Fragen hat man entgegen einer volkstümlichen Gestaltung des Gesetzes bei der Schaffung des BGB entschieden (vgl. Planck a.a.O. S. 337, 349, 354, 397: „Die Terminologie ist nebensächlich"; S. 338, 342, 346 ff, 377 ff, 357, 366: gegen Leit- und Kernsätze als „lehrbuchartig"; S. 419 ff: gegen die Darstellung rechtspolitischer Gedanken, — allerdings gehen Gierke, Deinhardt und Rumpf zu weit, wenn sie ein Gesetzbuch statt in der Hauptsache aus Befehlen am liebsten nur aus „entwicklungsfähigen

Kernsätzen" bestehen lassen möchten. Vgl. noch über den Gebrauch von Präambeln die Protokolle zur Nationalversammlung V.A. 490 ff bei Giese, Grundzüge des Staatsrechts S. 41 ff). Nach diesen grundlegenden Fragen der Gesetzestechnik und einer notwendigen Auseinandersetzung mit Stammlers „Lehre vom richtigen Ausdruck" müssen unter Vergleich historischer und ausländischer Rechte die Probleme der Systematik, des Aufbaus, der Fassung, der Anordnung des Stoffes, der Aufteilung des sog. allgem. Teiles der Gesetze, die erfahrungsgemäß besonders unvolkstümlich sind, erörtert werden. Daran hat sich die Verteilung der Rechtswirkung, das voneinander abhängige Verhältnis zwischen Gesetz und Volk und Gesetz und Richter, die Zuteilung und das Maß seiner „legislativen" Vollmachten, Auseinandersetzung mit der Freirechtsbewegung, dem Methoden- und Lückenproblem, der Auslegung (ob philologisch, teleologisch oder „juristisch") sodann der volkstümliche Ausbau der Prozeßrechte zu schließen. Eins der wichtigsten Probleme ist sodann die volkstümliche Art der Gesetzesbildung z. B. der Zeiler'sche Vorschlag eines „Gerichtshofes für bindende Gesetzesauslegung", Auseinandersetzung mit dem Präjudizien-, Krypto- oder sogen. gemischten Präjudiziensystem (dazu Gerland, Probleme usw. S. 11, 18, 23 ff; Blomeyer, Recht u. Gericht usw. S. 50 ff, 68 ff; interessant auch Simons, Das RG S. 20 ff; Herbeiziehung von Eheschöffen und Frauen, also Laienrichtern! ähnlich Schweiz). Schließlich sämtliche Publikationsmittel im Einzelnen: Rechtskurse, Verbreitung von Rechtskunde, in der Schule im täglichen Leben, Verhältnis zur Presse, Radio usw. (vgl. dazu die Gedanken der „Allg. Verfügung v. 16. III. 28 über Richtlinien zwischen Justiz und Presse"). Und vieles mehr.

III. Die Inhalte eines volkstümlichen Rechtes.

Die Bekanntmachung mit dem engeren Schrifttum hat schon in Umrissen darüber belehrt, was man sich etwa unter volkstümlichen Inhalten eines Rechtes zu denken hat. Es gilt nun zu ergründen, welche wechselseitige Beziehung zwischen der Gemeinschaft, die wir Volk nennen und dem Recht, das ihr äußeres Leben regelt, besteht und wie das Recht eingerichtet werden müßte, um volkstümlich zu sein.

Der erste und zentrale Begriff für alle damit zusammenhängenden Fragen ist demnach „das Volk".

Das Volk als Grundlage des Rechts.

Zweifellos kann die Erfüllung des Volksbegriffes für unsere Aufgabe nicht von außen geschehen, wie sie z. B. das Staats- und Völkerrecht gibt. Das Volk als den „Inbegriff der durch die gleiche Staatsangehörigkeit verbundenen Personen"[43]) oder als „Gesamtheit der Reichsangehörigen"[44]) zu sehen, vermittelt nur die notdürftigste Äußerlichkeit eines Rahmens, die für uns unfruchtbar ist. Denn daß unser „positives" Recht durch den organisierten Willen dieser Gemeinschaft auf dem bekannten Wege der Gesetzgebung entsteht, macht es noch keineswegs besonders volkstümlich. Es handelt sich für uns vielmehr darum, näher zu durchforschen, was in diesem Rahmen der „Reichsangehörigkeit" lebt, den Stoff selbst gleichsam im Rohmaterial zu begreifen, in ihn hineinzusehen und als ein Wesen zu entdecken, in dem bestimmte Lebensäußerungen vor sich gehen. Wir müssen uns fragen, ob er — wenigstens im Ganzen und in der Distanz gesehen — als ein einheitlicher lebendiger Organismus vorhanden ist, der denkt, fühlt und handelt, und wir müssen weiter wissen, w i e er denkt, fühlt oder handelt und zwar hauptsächlich in den Fragen des Rechts[45]). Volk bedeutet uns daher nur die stoffliche Unterlage unseres augenblicklichen deutschen Rechtsraumes, aber die innere lebendige Struktur dieser Grundlage, die Gesamtheit ihrer wirkenden Kräfte.

In der klassischen Zeit des deutschen volkstümlichen Rechts war diese Grundlage aufgeteilt in eine Vielheit

---

Anm. [43]) Strupp, Grundzüge des pos. Völkerrechts, S. 57.

Anm. [44]) Giese, Verfassung des dt. Reichs, S. 42.

Anm. [45]) Der andere Weg, zunächst eine Analyse des „deutschen Wesens" im luftleeren Raum und ohne Anlehnung an die Rechtsgestalten zu versuchen und daraus dann auf die zukünftige „einzig mögliche" volkstümliche Rechtsgestaltung zu schließen — wie es häufig gemacht wird — erschien fragwürdig, weitläufig und unsicher. Wir haben auf eine derartige Metaphysik des Volkscharakters bewußt verzichtet. Vgl. dazu später Abschnitt IV der Arbeit.

von kleinen Lebensparzellen, die ebensovielen Rechtsparzellen entsprach. Das „Volk" dieser frühen Rechte bestand in einzelnen organisch für sich wachsenden, entweder stammesmäßig oder örtlich gebundenen Lebensgemeinschaften. Unter dem gemeinsamen Bogen des Kaiserreiches der Sachsen und der Staufer hatte jedes der überall lebenden „Gewohnheits"rechte sein eng geschlossenes einheitliches Publikum. Daher war das Volk dieser Zeiten, dessen eine unmittelbare Lebensäußerung das Recht war, im Ganzen gesehen zwar eine unübersehbare Fülle kleiner Körper mit Eigenleben, jeder dieser Körper aber als Mutterboden eines Rechtes, das in den Grundzügen mit dem Recht der anderen übereinstimmte, bildete eine durchaus faßbare Gegebenheit — das Volk in diesem Sinne hatte nichts Ungreifbares. Die sechshundert Jahre Geschichte, die inzwischen vergangen sind, haben diese „faßbare Gegebenheit" in jeder Beziehung gründlich beseitigt. Räumlich hat sich der Boden des Rechts um das Hundertfache ausgedehnt und ist bis an die Grenzen des jetzigen Deutschlands gewachsen. Und während das Recht für diesen ganzen Raum einheitlich geworden ist, hat sich umgekehrt seine Grundlage zu einem ungeheuer verzweigten, verworrenen und widerspruchsvollen Gebilde entwickelt, in dem schon die Spanne vom sogenannten einfachen Manne bis zum sogenannten geistigen Menschen Welten mißt.

Volk zur Zeit der klassischen volkstümlichen Rechte.

Was diese Anhäufung von Gegensätzen seinen inneren Zügen nach darstellt, ist vollkommen undurchsichtig. Ist sie nur die lockere Zweckverbindung der ewig Vereinzelten (Rousseau), ist sie nichts als eine „Menge von Menschen" (Kant), ein Kampffeld materiell gekennzeichneter Klassen (Marx) oder bildet sie einen selbständigen „Organismus mit eigenem Leben, eigenen Zwecken, eigenen Interessen und Bedürfnissen"[46])? Jede Zeit liest darin das ab, was ihr entspricht. In dem Augenblick aber, wo das „Volk" als kraftgebender Körper in seinem Verhältnis zum allgemeinen kulturellen Leben und zum Recht keine eindeutige Gegebenheit mehr ist, sondern ein unter den Gesichtspunkten verschiedener Auffassungen schwankender Begriff, für das Recht ein Gegenstand der Rechtsphilosophie, hört die klare absolutgültige

Die innere Struktur des Volkes.

Anm. [46]) Fascistische Auffassung, niedergelegt in der dem neuen Strafgesetzbuch Italiens beigegebenen Denkschrift von 1930. Vgl. Übersetzung und Wiedergabe bei Radbruch, Rechtsphil., S. 164, 167. Vgl. ferner die folgende Anmerkung.

Erkenntnis mit der Erkenntnismöglichkeit auf und es heißt, sich von seiner Zeit und ihrer Erfassung aus zu einer grundlegenden Anschauung zu bekennen.

Der lebendige Organismus

Volk ist uns in diesem Sinne die äußere und innere Gemeinschaft der durch gleiche Sprache, Geistesart, Abstammung, Geschichte und Schicksal Verbundenen. Es ist schlechthin die Inkarnation einer großen gegenseitigen Verflechtung, des wechselseitigen Bedingtseins der Einzelnen in einer gemeinsamen Gegenwart, aus einer gemeinsamen Vergangenheit, zu einer gemeinsamen Zukunft. Es ist die höhere Einheit aus den Einzelnen und Vielen, keine addierte Summe, sondern ein sich immer wieder neu bildendes Ergebnis. Unabhängig und abhängig zugleich vom Kommen und Gehen der Einzelnen, ihrem Leben, ihren Zielen, unerschüttert im Ganzen durch Willen, Begabung, Ausdauer, Trägheit, Kraft und Schwäche der Individuen und dennoch aus all diesen Einzelkräften unentwirrbar zusammengefügt und in Richtung, Dauer, Erfolg seiner Ziele beeinflußt — ein Zusammenfluß unendlicher Einzelwege und -schicksale zu einem endgültig gemeinsamen Weg und Schicksal, stehend in einem eigenen überpersönlichen Dasein, das sich wiederum dem Einzeldasein bestimmend mitteilt, tausenderlei Wesen und Wirken voneinander abgekehrt und einander zugewandt, eine unendliche Vielfalt der Gegensätze gebunden zur Einheit in den großen Lebensfragen — scheint es uns ein einziger großer lebendiger Organismus[47]) zu sein. Durch ihn, in ihm wandern die Ge-

Anm. [47]) Die Idee von der organischen Einheit und dem eigenen Wesen des Staates, die heute wieder auflebt, besonders betont in dem neuen Italien, stammt ursprünglich aus den Zeiten der Reaktion gegen die Aufklärung. Fichte hat sie der Staatsauffassung Kants (Rechtslehre § 45) gegenübergestellt. Hegel hat sie, ausgehend von der Staatsidee Platons, zur Grundlage seiner Rechtsphilosophie gemacht. (vgl. Fichte, Reden an die deutsche Nation, VIII. Rede, S. 130 ff insbes. S. 146; Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts §§ 257 ff, S. 200 ff, 350 ff, mit denen man die im folgenden wiedergegebenen Ausführungen der fascistischen Staatslehre vergleichen möge!) Interessanterweise findet sich eine ausdrückliche Ablehnung Kants — wie bei Fichte — in der italienischen Theorie wieder. Nur hat man in der Freude über die Errungenschaft vergessen, Fichte und Hegel zu danken. In der eben zitierten Denkschrift wird die Befreiuung vom Einfluß fremder Ideologien und zwar der „individualistischen Ideologien, welche jenseits der Alpen triumphierten" gefeiert. Im Zusammenhang mit der Wiedereinführung der Todesstrafe wird die organische Staatsauffassung aufgedeckt und dabei offen von dem „Irrtum der Kantschen Behauptung, daß das Individuum als ein Selbstzweck nicht auf die Stufe eines Mittels herabgewürdigt werden könne" gesprochen. „Im Gegenteil" — so wird argumentiert — „ist wahr, daß die Gesell-

nerationen. unentwegte Erneuerung, dauerndes Absterben ändert ohne Unterbrechung seine Gestalt, sein Gesicht, seinen Gehalt — aber aus der Entfernung gesehen und auf den Blättern der Geschichte dennoch voll deutlich wahrnehmbarer und entschieden ausgeprägter Züge, Merkmale des Wesens und der Eigenart, einer Jugend, einer Reife, eines Alters[48]) fähig und in allen seinen Äußerungen von einer inneren schöpferischen Kraft[49]) getragen, die seine Kunst, seine Sitte, seine Sprache, Höhepunkt und Niedergang seiner Kultur vollbringt. Und nur infolge dieser Kraft hat er auch in den Dingen des Rechts die Fähigkeit lebendiger Teilnahme und Schöpfung. Sie läßt ihn in den bestimmten Winkeln der Ablehnung oder der Zustimmung mehr oder weniger scharf reagieren und setzt die stofflichen und ideellichen Grenzen und Richtungen für die Gestaltung des Rechts.

Die historische Schule.

Das Volk als Kraftmoment bei der Bildung des Rechts, das Recht selbst als Ergebnis und Produkt „still innen wirkender Kräfte" aufgedeckt zu haben, ist das

schaft, angesehen als ein Organismus, der die unzähligen Reihen der Generationen in sich faßt, und der Staat, der ihre juristische Organisation ist, eigene Zwecke haben und um dieser willen leben kann, während das Individuum nichts als ein unendlich kleines und vorübergehendes Element des sozialen Organismus ist, dessen Zwecken es seine Handlungen und sein eigenes Dasein unterordnen muß." Und schließlich der Extrakt: „Der Staat stellt sich nicht mehr als die arithmethische Summe der Einzelnen dar, welche ihn zusammensetzen, sondern als Ergebnis, Synthese und Zusammenfassung der Individuen, Gruppen und Klassen, welche ihn darstellen, mit eigenem Leben, eigenen Zwecken, eigenen Bedürfnissen und Interessen, die nach Ausdehnung und Dauer das Leben der Individuen, Gruppen und Klassen überschreiten und sich auf alle vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Generationen ausdehnen." Das Programm ist nicht so neu wie es scheint. Vgl. noch die Darstellung bei Windelband, Die Philosophie im deutschen Geistesleben des 19. Jahrhunderts, insb. S. 38 ff. und zutreffend über die Verselbständigungstendenz des im Staate enthaltenen Machtgedankens zur Dauer: Meinecke, Die Idee der Staatsraison i. d. neuen Geschichte.

Anm. [48]) Das großartigste Bild vom Reifen, Altern und Absterben der Kulturen und der Völker in neuerer Zeit hat Spengler im Untergang des Abendlandes gegeben. Diese Idee trägt sein ganzes Werk.

Anm. [49]) Wie tief und einheitlich der Zusammenklang dieser Kräfte noch im deutschen Mittelalter ist, wie sehr alle Lebensäußerungen Ausdruck derselben fortwirkenden geschlossenen Kraft sind, zeigt die Betrachtung des mittelalterlichen deutschen Lebens. In seinen schönen Büchern, Das Recht in der Dichtung und Das Recht im Bild hat Fehr an hunderten von Beispielen diese Einheit aufgedeckt und Kunst, Poesie und Recht in ununterbrochene gleichlaufende Beziehung zueinander, miteinander und ineinander gestellt.

Verdienst der historischen Rechtsschule[50]). An ihren Anfängen stehen die Namen Savigny und Puchta. Sie wurde eingeleitet und begründet durch Savignys skeptische und zugleich ungemein schöpferische Schrift „Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft". Indem Savigny das Entstehen, Leben und Vergehen der Nationen und des Rechts organisch und geschichtlich erklärte, behauptete er, daß das Recht überall in der Geschichte schon einen bestimmten Charakter habe, der dem Volk ebenso eigentümlich sei wie seine Sprache, Sitten und Verfassung[51]). Er leugnete das „abgesonderte Dasein" dieser Kulturerscheinungen und faßte sie auf als „einzelne Kräfte und Tätigkeiten des einen Volkes, in der Natur untrennbar verbunden". Jede zufällige oder willkürliche Entstehung des Rechtes sei ausgeschlossen durch „die gemeinsame Überzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Notwendigkeit". Daher ist der „eigentliche Sitz des Rechtes" das gemeinsame Bewußtsein des Volkes und das natürlich wachsende Recht hat seinen tieferen „organischen Zusammenhang mit dem Wesen und Charakter des Volkes"[52]). Diese, ihrem ganzen Wesen nach metaphysische und irrationale Auffassung der bei der Bildung des Rechts wirkenden Kräfte gipfelte als Zusammenfassung in einer viel umfochtenen Abstraktion: dem mystischen „Volksgeist", der in unsichtbarem organischen Schaffen allein das Recht erzeugt, es als „Gewohnheits"recht im weitesten Sinne[53]) hervorbringt und zu jener berühmten Resignation Savignys geführt hat, durch die er dem Gesetzgeber seiner Zeit die Fähigkeit abspricht, neues Recht zu erschaffen[54]). Vielmehr müsse — so meint Savigny — der Gesetzgeber sich

---

Anm. [50]) Ausführliche Übersicht, Geschichte und Literaturangabe über die historische Rechtsschule bei Binder, Rechtsphilosophie, S. 943. vgl. auch Tröltsch, Der Historismus und seine Probleme.

Anm. [51]) Savigny a.a.O. S. 5.

Anm. [52]) Savigny a.a.O. S. 7.

Anm. [53]) Recht ist für die historische Rechtsschule „die gemeinsame rechtliche Überzeugung, das gemeinsame rechtliche Bewußtsein des Volkes oder einer Volksabteilung und als solches Äußerung oder Erzeugnis des Volksgeistes". Infolgedessen ist für die historische Schule Gewohnheitsrecht nur e i n e Äußerung der Volksüberzeugung, die unmittelbare, das Gesetz stellt die mittelbare dar. Wie man sieht, wird der Ausdruck „Gewohnheitsrecht" daher in einem weiteren, vom heutigen Gebrauch abweichenden Sinne benutzt. Oertmann, „Volksrecht und Gesetzesrecht" S. 13 weist denn auch darauf hin, daß die hist. Schule statt Gewohnheitsrecht besser Volksrecht schlechthin gesagt hätte. Über das Gewohnheitsproblem vgl. unten ausführlich.

Anm. [54]) Savigny a.a.O. S. 26.

darauf beschränken, das wirkliche, schon vorhandene Recht überall aufzuspüren, es nachzuzeichnen und zu fixieren[55]). Denn da der Stoff des Rechts nicht willkürlich sondern durch die „gesamte Vergangenheit der Nation" gegeben sei. aus ihrem „innersten Wesen und ihrer Geschichte hervorgegangen"[56]), so müsse dieser notwendig gegebene Stoff durchschaut, verjüngt und erhalten werden.

Die Resignation vor der Tat.

Das war eine Erkenntnis von bestechendem Reiz, aber voller Gefährlichkeit. Die historische Rechtsschule erlag dieser Gefahr: Sie verfiel in eine blinde Ehrfurcht vor allem Bestehenden, Gewordenen und Werdenden, ... „Pietät aller Wirklichkeit gegenüber wurde ihr Grundzug"[57]). Die Vergötterung dieser einen Wirklichkeit hatte ein Erblinden gegenüber allen anderen Kräften zur Folge, die am Rechte mitwirken. Der „Volksgeist" als alleinige Quelle des Rechts führte zu einer einseitigen und damit schiefen Auffassung vom Entstehen des Rechts, als Maxime der praktischen Rechtsgestaltung zum Verzicht, zur Leblosigkeit und zu einem toten Positivismus. Dadurch brachte sich die historische Schule selbst um den Wert ihrer Wahrheit und erfüllte nicht einmal den Teil ihrer Aufgabe, die dem richtigen und wichtigsten Gedanken Savignys entsprach. Denn niemals wies sie den Zusammenhang des Rechts mit dem Charakter des Volkes im Einzelnen nach, niemals zeigte sie — bei all ihren Studien der römischen und der deutschen Rechtsgeschichte die Eigenart der „diesen Rechten zugrundeliegenden Volksgeister auf"[58]). Was ihr genialer Begründer eigentlich gewollt und gemeint hatte, ging bei der fleißigen und gründlichen Mittelmäßigkeit seiner Nachfolger immer mehr verloren und geriet auf ein ganz vergessenes und abseitiges Geleise. Die historische Schule entwickelte eine vollendete Meisterschaft der technischen Methoden, sie trieb die tiefgründigsten Rechtsquellenstudien, sie verfolgte die einzelnen Rechtsinstitute bis in die Steinzeit des Rechts, forschte auch nach ihren Zusammenhängen untereinander, sie arbeitete hervorragend genau mit peinlichster Sauberkeit und Breite — aber sie vergaß darüber ganz, im Recht die Züge jenes Volksgeistes ab-

Anm. [55]) Savigny a.a.O. S. 10 ff.
Anm. [56]) Savigny a.a.O. S. 6.
Anm. [57]) Radbruch: Rechtsphilosophie S. 16.
Anm. [58]) Vgl. Binder: Rechtsphilosophie S. 1062, ebenso Radbruch a.a.O. S. 22.

zulesen oder zu suchen, den Savigny eigentlich mit seiner Lehre gemeint und gesucht hatte.

Neubelebung durch Ihering.

Erst ein halbes Jahrhundert später nahm ein anderer genialer Mann die verwehte Spur auf und deckte mit einem Schlage den ganzen Reichtum und die Wahrheit des Savignyschen Gedankens auf, um gleichzeitig über ihn hinauszugehen und seine Einseitigkeit zu überwinden. Im „Geist des römischen Rechts" zeigte Ihering den Geist eines ganzen Volkes auf, der hinter seinem Recht unverwischbar steht und es durchleuchtet. Es schien jedoch das Schicksal dieser Wahrheit zu sein, daß sie, trotzdem sie zweimal in der geistvollsten Form in der Rechtsgeschichte vorgetragen worden war, keinen rechten Nachhall fand. Auch Iherings Geist des römischen Rechts und das, was er damit hatte sagen wollen, rief keine tiefere Resonanz hervor, sondern tauchte in die Welle des Positivismus, die sich immer höher zu heben begann, ein und ging darin ziemlich unbeachtet unter.

In allerneuester Zeit erst findet sich, im Zusammenhang mit dem Auftauchen einer gegenüber dem Positivismus wertenden Auffassung vom Wesen des Rechts wieder eine Anknüpfung. So sieht u. A. Binder das Recht als ein „Stück der Individualität des Volkes"[59]) an und das Verhältnis zwischen Volk und Recht kennzeichnet er in Worten[60]), die von Savigny stammen könnten: „Das Volk besteht als Volk, d. h. als Einheit einer unendlichen Vielheit mitsamt seinem Recht, in seinem Recht und durch sein Recht; es ist eine seiner vielfältigen, eigenen, unmittelbaren Lebensäußerungen, sein Recht zu schaffen, ebenso wie es sich seinen Glauben, seine Gesittung, seine Kunst erschafft. Sowenig der Mensch an sich besteht und sich dann nachträglich eine Haut wachsen läßt oder sie gewachsen bekommt, so wenig besteht das Volk an sich, um dann zu seinem Recht zu kommen . . ."

Der bleibende Wert.

Die überaus wichtige Erkenntnis eines tieferen Bedingtseins des Rechts durch Eigenart, Schicksal und Charakter eines Volkes ist demnach das, was von der Grundidee und der Arbeit der historischen Schule für uns auch heute noch Wert hat. So abgetan die Lehren Savignys in mancher Hinsicht erscheinen, so lebendig und wesentlich ist doch jener gedankliche Kern in ihnen, der das Recht mit dem Geist eines Volkes verknüpft und — wie wir gleich sehen wer-

Anm. [59]) Rechtsphilosophie S. 963.
Anm. [60]) Rechtsphilosophie S. 492.

den — in der modernen Fassung als Frage nach dem Dasein von „Volksüberzeugungen" hinsichtlich des Rechts nicht aufgehört hat, die Rechtswissenschaft zu bewegen. Gerade für unsere Untersuchung wird eine Auseinandersetzung unvermeidlich: denn wenn es auch heute noch eine Anschauung des Volkes vom Recht oder bestimmte Volksüberzeugungen gibt, in denen sich das Recht offenbart oder andeutet, wenn überhaupt eine Form der inneren Teilnahme besteht, so muß sich ein volkstümliches Recht natürlich in erster Linie mit ihrer Erforschung beschäftigen, muß sich aus ihnen heraus aufbauen und sie vor allem anderen berücksichtigen.

Ablehnung der tatenlosen Rechtsbildung.

Noch bevor wir näher auf den „Volksgeist" und seine Rolle bei der Rechtsbildung eingehen, können wir schon sagen, daß die Vorstellungen, die die historische Schule im Zusammenhang mit ihm von der Entstehung des Rechts gehabt hat, nicht richtig sein können. Sie glaubte, wie wir schon angedeutet haben, an eine Selbsterschaffung des Rechts durch „organisches Wachsen", ohne Führung und Eingriff einer vielfach vorausgestaltenden Gesetzgebung, ohne rechtspolitische Handlung, im Wege eines „natürlichen Prozesses", und zwar ausschließlich durch den Volksgeist.

Volksgeist oder Rechtsüberzeugung als ein Motiv unter anderen.

Ihre Vorstellung, daß sich das Recht auf diese Weise „schmerzlos, mühelos, tatenlos bilde, gleich der Pflanze des Feldes"[61]) ist schon von Ihering widerlegt worden, der das Recht als Ergebnis und Gegenstand ununterbrochener Interessen- und Geisteskämpfe dargestellt hat[62]). Von ihm stammt auch die umkehrende Berichtigung der Puchtaschen Theorie des Gewohnheitsrechts, daß die nationale Rechtsüberzeugung „sich selbst erst bildet, indem sie handelt", „und daß sie erst durch dieses Handeln ihre Kraft und damit ihren Beruf bewährt, das Leben zu beherrschen[63]). Wir wissen heute ferner[64]), daß, da der Schwerpunkt der Rechtsentstehung bei der Gesetzgebung liegt, sich bei der Bildung des Rechts außer den „Volksgeistern" ganz andere Dinge hart im Raume stoßen: sozial ungleiche Machtgruppen, wirtschaftliche Bedürfnisse[65]) und Wirtschaftsformen, z. B. Landwirtschaft- oder

Anm. [61]) Ihering, Kampf ums Recht, S. 25.

Anm. [62]) Nämlich im Kampf um das Recht!

Anm. [63]) Ihering a.a.O. S. 24.

Anm. [64]) Vgl. zum Folgenden Stier-Somlo, a.a.O. S. 63 und 79, ferner Binder, Rechtsphilosophie S. 1046.

Anm. [65]) Am deutlichsten wird diese Auffassung von der Entstehung des Rechts in der reinen Soziologie. Sie faßt das Recht

Industriebetonungen. Gewalt von außen. Reception. internationale Anpassungen, der Handel der Parteien bei der engeren Gesetzesbildung, Bodenreichtum. Klima. Erwerbsbedingungen. der Lebensraum eines Volkes — ein Element, auf das schon Montesquieu aufmerksam macht[66]) —, schließlich Zufälle, Nachahmung fremder Rechtseinrichtungen — wir brauchen nur an die Übernahme der französischen Geschworenengerichte nach Deutschland zu denken. Schon damit wird der rechtsbildenden Kraft des Volksgeistes, der Volksüberzeugung die Ausschließlichkeit der Motivierung genommen, die ihr für die Rechtsbildung von der historischen Schule zugelegt worden ist. So gelangen wir von vornherein zu einer Einschränkung und Berichtigung der Savignyschen Lehre: Der Volksgeist, die Volksüberzeugung kann nur ein Element der Rechtsbildung unter anderen sein. Allerdings — für ein volkstümliches Recht muß er das wesentliche, das richtunggebende Element sein.

Man kann die historische Schule und vor allem die Volksgeistlehre nicht begreifen, wenn man sie nicht aus ihrer Zeit heraus zu sehen vermag. Für diese Zeit[67]) war die schwärmerische Idealisierung vergangener Zustände ebenso typisch wie die Überschätzung des damals neu auftauchenden Volksbegriffes. Der Einfluß politischer Zustände und Ideen ist ganz deutlich erkennbar: der schnelle Übergang vom aufgeklärten Absolutismus zur Demokratie[68]), die Erklärung der Volkssouveränität durch

Milieu des Volksgeistes.

als soziale Schöpfung, als gesellschaftliche Erscheinung auf. Es ist eine „durch den Zusammenprall heterogener sozialer Machtgruppen erzeugte Form des Zusammenlebens und bildet im Parallellogramm der Interessenrichtungen die Diagonale" (!) — so grundlegend Gumplowicz, Grundriß der Soziologie, S. 189.

Anm. [66]) Im „Esprit des Lois" vgl. ferner Hans Fehr, Recht und Wirklichkeit, S. 45 ff.

Anm. [67]) Vgl. dazu Brie, Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Schule; Ihering a.a.O. S. 25 ff; Stier-Somlo, Die Rechtsüberzeugung als Rechtsquelle S. 64 ff. Stier-Somlo glaubt, den Einfluß der Schellingschen Philosophie bei Puchta und Savigny im Einzelnen nachweisen zu können.

Anm. [68]) Die Wandlungen des Verhältnisses zwischen Volksgeist, Demokratie und Absolutismus hat Spencer, Prinzipien der Soziologie, III, § 467 gesetzmäßig festzustellen versucht: „Wo eine absolute menschliche Autorität errichtet worden ist, die sich in einem einzigen Individuum oder gelegentlich auch in einem einzelnen Auserwählten verkörpert hat, da wird die Theorie aufgestellt, das Gesetz habe keine andere Quelle als den Willen dieser Autorität. Mit dem Fortschritt einer volkstümlichen Regierungsform wandelt sich diese Theorie aber bis zu

die französische Revolution, das Einzelstaatentum in Deutschland. Wenn man bedenkt, daß Deutschland zur Zeit der Lehre vom Volksgeist aufgelöst war in lauter kleine eng in sich beschränkte Einzelgebiete, so begreift man die hierin liegende große Verlockung, die in den kleinen Bezirken auftauchenden Ideen als Volksüberzeugung zu nehmen und der Rechtsentstehung als alleinige Ursache zuzuschieben.

Diese historischen Grundlagen, die in der Literatur die Namen Tieck, Arnim, Brentano, Görres und die Gebrüder Grimm mit einer allgemeinen Besinnung auf nationale Eigenart, mit dem Zurückgreifen auf Volksmärchen, -poesie und -kunst verbinden, sind das Milieu und die Voraussetzung für den Begriff des „Volksgeistes". Offenbar entstammt er also einem wesentlich irrationalen Denken und man kann ihn von einem reinen Logizismus aus zwar verspotten, sezieren und auf dem Papier totschlagen, aber verstehen kann man ihn so nicht. Man muß den Volksgeist schon wörtlich und morphologisch nehmen, — etwa als nationalen Rübezahl mit einem in den Landesfarben wehenden Bart — um sein „Dasein" „beweisen" oder „widerlegen" zu wollen und ihn sodann zu belächeln[69]). Eine solche Methode muß unfruchtbar sein[70]). Die historische Schule ist mit dem Volksgeist allerdings reichlich großzügig und bedenkenlos umgegangen. Aber was sie sich darunter vorstellte, ist trotzdem durchaus erfaßbar und es spielt noch heute unter anderen und verschiedenartigen Benennungen ununter-

Der Volksgeist.

dem Grade um, daß zwar noch der Glaube besteht, die Verpflichtung, dies zu tun und jenes zu lassen, entspringe aus staatlichen Vorschriften, daß aber die Autorität, welche diesen Vorschriften die eigentliche Kraft verleiht, der öffentliche Wille ist."

Anm. [69]) Wir stimmen Stammler, Lehre vom richtigen Recht, S. 11 ff vollkommen bei, wenn er behauptet, daß für das Dasein des Volksgeistes ein „Beweis niemals geführt worden" ist, noch „je erbracht werden" kann!

Anm. [70]) Auch eine sozialwissenschaftliche Ergänzung oder Berichtigung der unbestimmten These Savignys (System I, S. 19/20), daß in dem „Naturganzen der Geistesgemeinschaft der Sitz der Rechtserzeugung" liege, ist ergebnislos. Das hat z. B. Gneist, Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht, versucht. Aber seine Resultate, daß das „Naturganze keine Summe einzelner Menschen, sondern die formierte Gesellschaft eines ansässigen Volkes" sei und „der Geist, aus welchem die Rechtsbildung hervorgeht, ... kein abstrakter Volksgeist" sei, sondern bestimmt werde durch „die Natur der Gesellschaft" ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit, von der die historische Schule ausgegangen ist. Diese Geisterforschungen bringen uns der Sache nicht näher.

brochen in unser Rechtsleben und -denken hinein[71]). „Volksgeist" ist nur eine summarische, wenn auch nicht gerade glückliche Zusammenfassung für eine Gruppe sittlicher und tatsächlicher Kräfte, die für die Rechtsbildung grundlegend und zentral sind und die, wie wir noch sehen werden, in der Rechtswirklichkeit nicht nur vorhanden sondern auch auffindbar sind. Lassen wir also vorläufig die Bezeichnung, mit der in ihrer Allgemeinheit und Unbestimmbarkeit wissenschaftlich nichts anzufangen ist, auf sich beruhen. Die Sache, die man Volksgeist nennt, taucht in anderer, greifbarer Fassung als „Rechtsüberzeugung des Volkes", dem von Puchta und Savigny parallel verwandten Grundbegriff wieder auf. Und obschon Zitelmann, einer der gründlichsten Kenner dieser Lehren, nachgewiesen hat, daß volle Klarheit und Übereinstimmung auch über diesen Begriff weder bei den Begründern der Schule noch bei ihren Nachfolgern vorhanden war[72]), so liegt doch hier der einzige Ansatzpunkt, von dem aus man zu einer Erfassung der Kräfte gelangen kann, die für das Recht sinn- und richtunggebend sind und besonders für die Bildung eines volkstümlichen Rechts wertvoll sein müssen.

Die Rechtsüberzeugung des Volkes

Eine Erfassung ist allerdings solange unmöglich, als man — wie die historische Schule — von der Vorstellung einer „allgemeinen" Rechtsüberzeugung „des Volkes" ausgeht. Dieser Begriff ist nicht nur schon von seinen Entdeckern in den verschiedenartigsten und widerspruchvollsten Beziehungen verwandt worden[73]), sondern, da er als Auswechselbegriff für den „Volksgeist" diente,

Konkretisierung der Rechtsüberzeugung.

Anm. [71]) So spricht z. B. Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein S. 64, von einem „gemeinsamen Grundstock sittlicher Anschauungen", der sich durch alle Stürme der Reformation, französischen Revolution und Parteizerklüftung unentwegt erhalten habe und ohne den wir als Volk gar nicht bestehen könnten", auf den unsere Rechtsordnungen durch Bezugnahme auf Treu und Glauben, gute Sitte etc. ununterbrochen verwiesen und unter dem man sich einen Begriff wie Volksgeist zu denken habe.

Anm. [72]) Zitelmann hat in der Tat keinen guten Eindruck von der „Rechtsüberzeugung des Volkes" bekommen. Überall — so schließt er — treffe man auf „unüberwindliche Schwierigkeiten — der Begriff wandelt sich unter den Händen dessen, der ihn fassen will: eine mystische und nebelhafte Unbestimmtheit wohnt ihm bei". Vgl. in Gewohnheitsrecht und Irrtum, S. 384 ff.

Anm. [73]) Einmal als eine Anschauung, eine Vorstellung des Volkes davon, was Recht ist. Sodann als eine Überzeugung bei der Anwendung des Rechtes in Rechtsprechung und Verwaltung und zwar insoweit, ob diese gerecht oder ungerecht ist. Vgl. dazu die Kritik der Savignyschen und Puchtaschen Thesen bei Stier-Somlo a. a. O. S. 61 ff.

haftete ihm eine gewisse Personifizierung, eine frei über den Wassern schwebende Individualisierung, herausgelöst aus aller Wirklichkeitsverhaftung und damit eine vollkommene Ungreifbarkeit an. Er wurde gleichsam als das Rechtsgefühl der Gemeinschaft, als ethischer Rechtsextrakt der Nation aufgefaßt[74]). Legen wir eine derartige Voraussetzung zugrunde, so müssen wir wie sämtliche Untersuchungen über den Volksgeist in „nebelhaften Unbestimmbarkeiten" landen, aus denen sich jedenfalls für die Gestaltung des Rechts brauchbare Direktiven nicht ableiten lassen. Daher muß man im Gegenteil versuchen, die Rechtsüberzeugung so einzeln, so greifbar, so deutlich und so konkret wie möglich zu machen und nach ihrem tatsächlichen Ausdruck im Rechtsleben suchen.

Wir begegnen der Rechtsüberzeugung am reinsten, sichtbarsten und unstreitigsten auf dem Gebiet des Gewohnheitsrechts. Auch die historische Schule, von der die deutschen Ursprünge der Lehre stammen[75]), wandte dieser Erscheinungsform des Rechts die größte

Das Gewohnheitsrecht.

Die Frage nach der Entstehung einer Volksüberzeugung hinsichtlich gerechter Anwendung des Rechts hat u. a. Krückmann, Die Entfremdung zwischen Recht und Volk für sich untersucht.

Anm. [74]) Darunter müßte man sich dann allerdings den „Grundstock sittlicher Anschauungen" Rümelings (vgl. Anm. 71 der Arbeit) oder etwas ähnliches denken. Daß dieser Begriff eine große Macht im Rechtsleben hat und einen bedeutenden Einfluß auf die Rechtsprechung ausübt, ist ohne Frage. Nur läßt sich daraus für eine zukünftige Gestaltung „volkstümlichen" Rechts keine sichere Handhabe entnehmen. Denn um diesen Begriff praktisch zu verwerten, müßten wir ihn näher bestimmen und gerade das ist unfruchtbar, wenn nicht unmöglich. Stier-Somlo a.a.O. S. 74 z. B. denkt sich eine solche „allgemeine Rechtsüberzeugung" als Resultat von synthetisch gedachten, wenn auch als Gesamtüberzeugung eigenartig wirkenden Rechtsüberzeugungen der Einzelnen". Und folgert sodann, daß „je komplizierter der Inhalt der Überzeugung beim Einzelnen, er desto komplizierter beim Aggregat der Einzelnen, also bei der Gemeinschaft" sein müsse. Das ist offenbar auf diesem rein psycho- oder phänomenologischen Gebiet ein völlig falsches Denken. Die Psychologie und die Phänomenologie aber überzeugen uns gerade, daß es die Rechtsüberzeugung einer Gemeinschaft als solcher in diesem Sinne nicht geben kann (vgl. u. A. Tönnies, Die große Menge und das Volk S. 317 ff. sowie die dort angegebenen Schriftsteller; ferner Scheler, Formalismus usw. S. 540 ff; derselbe, Wesen und Formen der Sympathie S. 12 ff, 16 ff, 38/9).

Anm. [75]) Grundlegend Puchta, Gewohnheitsrecht 2 Bde; Savigny, System I §§ 7, 12, 18, 25, 27; sodann Beseler a.a.O., weitere Literatur: Zitelmann a.a.O., Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S. 502 ff (vgl. auch S. 480 ff die Kritik der hist. Schule!); Schmidt, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens; Stier-Somlo a.a.O. Adickes, Lehre von den Rechtsquellen S. 32 ff; Weigelin, Gesetzes- und Gewohnheitsrecht u. u. A. die in den folgenden Anmerkungen genannten Schriftsteller.

Aufmerksamkeit und das liebevollste Interesse zu. Nach ihrer Auffassung vom Recht als einer organischen Verdichtung allgemeiner Rechtsüberzeugungen — eben des „Volksgeistes"! — mußte ja das Gewohnheitsrecht die Erscheinungsform, die Originalausgabe allen Rechts sein[76]). Sie sah daher in einer von Rechtsüberzeugung getragenen Übung nicht den Entstehungsprozeß des Rechtes, sondern vielmehr nur die Bestätigung dafür, daß das Recht schon da war. Sie setzte m. a. W. dort, wo sich die Übung zeigte, das Recht bereits voraus und wertete sein tatsächliches Erscheinen nur als Dokument seiner Existenz. Ganz folgerichtig wurde daher jedem neu auftauchenden Brauche die Gewissensfrage der berühmten „oppinio necessitatis" gestellt: ob er nämlich aus der Überzeugung seiner inneren Notwendigkeit hervorgegangen sei. Diese Auffassung herrscht mit geringfügigen Modulationen[77]) noch heute, sie liegt vor allem der Rechtsprechung des Reichsgerichts zugrunde, und sie trifft, wie wir sogleich sehen werden, vollkommen den Kern der Sache.

Verhältnis zwischen Gesetz und Gewohnheit.

Unser geltendes Recht, besonders das Privatrecht, geht von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit zwischen Gewohnheits- und Gesetzesrecht aus. Das ergibt sich u. E. schon aus Artikel 2 des EGBGB, seiner bewegten Geschichte und der überwiegend im Schrifttum und einhellig in der Rechtsprechung herrschenden Auffassung, daß Gewohnheitsrecht „Rechtsnorm" im Sinne des Artikel 2 sei[78]). Darüber hinaus jedoch folgt es noch aus dem Ur-

---

Anm. [76]) Vgl. insb. Puchta a.a.O. I, S. XII, 134/5.

Anm. [77]) Indem heute die Übung nicht nur Erkenntnismittel, sondern Erfordernis der Entstehung des Gewohnheitsrechts bildet und indem weiter eine Unterscheidung zwischen Überzeugung und Willen als Geltungsgrund zur Spaltung zweier danach benannter Theorien geführt hat. Beides ist ohne weittragende praktische Bedeutung, vgl. im Schrifttum Riezler, Das Rechtsgefühl S. 137; Windscheid-Kipp, Lehrbuch I. §§ 15 ff. Enneccerus, Lehrbuch I §§ 35, 36; Cosack, Lehrbuch § 8; für das Reichsgericht; RGZ 3, 210 (212!); 20, 304; 44, 33; 75, S. 41; 76, 113, 359.

Anm. [78]) Vgl. dazu Entwurf I des BGB § 2, die drei Vorschläge der zweiten Kommission (Protokolle I, 3), die in der Beratung der II. Kommission vorgeschlagenen weiteren 5 (!) Fassungen des Artikels 2a (Prot. VI, 359/60) und die Begründung der schließlichen Verschweigung der ganzen Frage (Prot. VI, 360 ff), sämtl. ausführlich wiedergegeben bei Staudinger, Kommentar zum BGB, VI, I, 2 (II 5) S. 11 ff. Daraus ergibt sich die unzweideutige Auffassung von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit des Gewohnheitsrechts. Auf demselben Standpunkt steht die überwiegende Meinung des Schrifttums und das Reichsgericht, vgl. die vorige und die übernächste Anmerkung.

sprung und dem Geltungsgrund des Rechtes direkt. Denn die Anerkennung des Gewohnheitsrechts als dem Gesetzesrecht gleichwertige Norm ist, tiefer gesehen, nur eine Folge der natürlichen Ergänzung und Ablösung zwischen zwei verschiedenen Erscheinungsformen derselben rechtsbegründenden Kraft. Das Gesetzesrecht nämlich ist heute ausschließlich Erzeugnis der als Staat organisierten Volksgemeinschaft. Das Gewohnheitsrecht dagegen ist das unmittelbare Erzeugnis der unorganisierten Rechtsgemeinschaft, ist „Recht im Urzustand". Beide Normengruppen können ihren letzten Ursprung und Geltungsgrund nur dem einen und gleichen Prinzip entnehmen, nämlich der Überzeugung der Gemeinschaft, daß sie Recht sind. Dabei ist in dieser Perspektive unwesentlich, wie die Überzeugung im Einzelnen motiviert ist, ob ihr Nützlichkeits-, Zweck-, Trägheits- und „Stoff"-bestimmtheiten beigemengt sind. Was sich schließlich als Endergebnis herausstellt, ist die als Geltungswille geprägte Überzeugung, daß die gesetzte oder geübte Regel Recht, d. h. daß sie gerecht sei[79]). Diese Frage, ob etwas gerecht sei, macht denn auch das innerste Wesen der Rechtsüberzeugung aus[80]). Die Über-

Anm. [79]) Die Lehre von der Rechtsüberzeugung als Wesen allen Rechts stammt zweifellos aus dem geistigen und historischen Primat des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht (vgl. z. B. Brie, Lehre vom Gewohnheitsrecht I, S. 235, 246 ff). Aber sie ist u. E. auch bei dem praktischen Primat des Gesetzesrechtes das einzige Fundament, auf dem Recht überhaupt zu ruhen vermag. Das wird noch später bei der Lehre von der Gerechtigkeit — Abschnitt IV der Arbeit — klarer werden.

Anm. [80]) Nur darauf kommt es uns hier an, nicht aber auf eine „Analyse" der Rechtsüberzeugung. Eine solche Analyse ist schon deshalb unmöglich, weil es sich bei der Rechtsüberzeugung — die Ausdrücke Rechtsgefühl, — empfinden, bewußtsein, u. ähnlichen besagen im Grunde dasselbe, nur mengt man ihnen nach Belieben rationale Elemente bei (so Rümelin Rechtsgefühl u. Rechtsbewußtsein S. 23, Huber, Recht u. Rechtsverwirklichung S. 378, Riezler, Das Rechtsgefühl S. 123), doch ist man sich hierüber heute im wesentlichen einig — um kein intellektuelles Vorstellen sondern um ein reines mit dem Verstand also nicht voll erfaßbares Werten, um einen emotionalen Vorgang handelt. Vgl. dazu Scheler, Formalismus, S. 106 ff, 163, 262, ferner S. 59, 64 ff; derselbe, Wesen und Formen der Sympathie S. 171 ff, 176. Daß der Kern der Rechtsüberzeugung die Frage nach dem Gerechten ausmacht, ist unbestreitbar. Vgl. Riezler a.a.O. S. 6 ff., Rümelin a.a.O. S. 30 ff, 34, der über den Umweg eines „Ordnungstriebes" schließlich doch zum Gerechtigkeitssinn gelangt. Ob die Rechtsüberzeugung sich als eine Mischung aus Individual- und Gemeinschaftsgefühl darstellt (so z. B. Isay a.a.O. S. 98 ff), ob sie einem „Ordnungstrieb" entspringt, inwieweit ihr rationale Elemente beifügbar sind, ob sie wie das sittliche Gefühl angeboren oder anerzogen ist — all das interessiert hier

zeugung selbst wird lediglich verschieden geäußert: entweder durch den im Gesetz kristallisierten Willen der organisierten Gemeinschaft oder durch den in der Gewohnheitsübung ausgedrückten Rechtsgeltungswillen der unorganisierten Gemeinschaft.

Die derogatorische Funktion.

Von einer solchen Grundlegung aus aber kann das Verhältnis zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht im Konflikt miteinander gar kein anderes sein als dieses: Widerspricht die Gewohnheit — unter den bestimmten Voraussetzungen der Dauer. Gleichmäßigkeit. Rechtsüberzeugung — dem gesetzten Recht. so verliert das gesetzte Recht seine innere Gültigkeit. Denn der auf der wesensgleichen Rechtsüberzeugung beruhende Wille der unorganisierten Gemeinschaft widerspricht dem gesetzlich früher sanktionierten Willen der organisierten Gemeinschaft. Er nimmt damit gleichsam die Sanktion. die er als „organisierter" Gesetzgeber erteilt hatte als „unorganisierter" Gesetzgeber zurück und erteilt eine andere. Damit aber ist die Geltungsbasis des Gesetzes durch die eine Erscheinungsform derselben Kraft vernichtet. deren anderer es seine Existenz überhaupt erst verdankt. Infolgedessen läßt sich u. E. die sogenannte „derogatorische" Funktion des Gewohnheitsrechts[81]) schon

im Einzelnen nicht. Wichtig werden diese Einzelheiten und die ganze Frage nach dem Rechtsgefühl vor allem bei der Rechtsanwendung durch den Richter und das Urteilen nach dem Rechtsgefühl. So spielt es im Schwurgericht die größte Rolle. Ganz zutreffend nennt denn auch Warschauer a.a.O. S. 15 den Schwurgerichtsgedanken nichts anderes als die „prozessuale Ausgestaltung der Theorie von einem angeborenen Rechtsinstinkt". Am konsequentesten ist dies in der französischen Literatur (vgl. bei Feuerbach, Gedanken über das Geschworenengericht) teilweise bis zur Absurdität zuendegeführt. Vgl. auch Beradt, Der dt. Richter S. 98. Ausführliche Literatur über die Frage findet sich bei Rümelin a.a. O. S. 2/3, bei Riezler a.a.O. S. 1 und bei Isay a.a.O. S. 85 ff. Über die Veränderlichkeit des Rechtsgefühls nach Rasse. Zeit und Kulturstufe vgl. Scheler Formalismus S. 272 ff. Wundt, Völkerpsychologie Bd. IX. S. 17 ff; Windelband a.a.O. Rümelin a.a.O. S. 20 ff. Darüber, daß sich die Rechtsüberzeugung am typischsten am Einzelfall bildet, daß sie nach „Individualisierung" strebt, treffend Riezler a.a.O. S. 87; im Grunde auch Rümelin S. 55. Aus der Beobachtung des Gewohnheitsrechts wird dies am deutlichsten. Wir selbst verwenden den Ausdruck Rechtsüberzeugung bei unserer folgenden Untersuchung wie er beim Gewohnheitsrecht heute allgemein verwendet wird. Einzelnes dazu noch weiter unten.

Anm. [81]) Für die historische Schule war das eine Selbstverständlichkeit. Alles Recht war für sie im weiteren Sinne — wie oben bereits gezeigt — Gewohnheitsrecht. Das eigentliche Gewohnheitsrecht im heutigen Sinne aber war ihr das primäre, das eigentlichste Recht, demgegenüber sie das Gesetzesrecht ein wenig künstlich, ausgestattet mit dem Alibi einer Volksgeistinspiration des Gesetzgebers, an zweiter

aus den Voraussetzungen, von denen das Recht seine Geltung ableitet, zwingend folgern.

Für ein volkstümliches Recht ist die derogatorische Funktion nicht nur die wichtigste sondern auch die ideale Eigenschaft des Gewohnheitsrechts. Das Gewohnheitsrecht ist die elementarste, die unmittelbarste Schaffung des Rechts durch das Volk. Ein Rechtssatz, der so entsteht, kann niemals unvolkstümlich sein. Gegenüber dem gesetzten Recht spielt das Gewohnheitsrecht in der heute herrschenden Zerlegung des „Gesetzgebungs"feldes die ganz außerordentlich wichtige Rolle eines Trägers neuer Rechtsgedanken, einer Erneuerung und Fortentwicklung des Rechtes auf natürlichstem Wege und einer Ablösung der zu Unerträglichkeit und Starre führenden statischen Wucht des Gesetzesrechtes durch die dynamischen Kräfte der Rechtsgemeinschaft selbst.

Diese grundlegende Untersuchung des Gewohnheitsrechts hat nicht nur das Verhältnis zwischen Gesetz und Gewohnheit aus der Perspektive eines volkstümlichen Rechtes klargestellt[82]). Sie gibt uns zugleich auch einen wertvollen Hinweis für die weitere Behandlung der überaus komplizierten Frage nach dem Vorhandensein von Rechtsüberzeugungen im Volke. Sie zeichnet zudem den Umriß des Begriffes Rechtsüberzeugung selbst in seiner praktischen Verwendung für unsere Untersuchung ab. — Gewiß ist nun das Gewohnheitsrecht und seine Rolle im

Heutige Bedeutung des Gewohnheitsrechts.

Stelle nannte. Heute, wo Gesetz- und Gewohnheitsrecht — scheinbar auch in ihren Ursprüngen — weiter auseinanderfallen, ist man hinsichtlich der derogatorischen Funktion zweifelhaft geworden und hilft sich teilweise, besonders indem man es auf staatliche Sanktion zurückführen und nur deshalb anerkennen will, mit unmöglichen Umwegen (so z. B. Laband, Staatsrecht, 2, § 57, III S. 75). Der richtige Gedankengang ist u. E. auch heute noch einfach und zwingend. Es handelt sich nur darum, auf den eigentlichen Geltungsgrund und den Ursprung beider Normengruppen zurückzugehen. Dafür hat die hist. Schule den richtigen Weg gewiesen. Im Ergebnis, wenn auch teilweise unter anderer Begründung, für die derogatorische Kraft u. A. Marschall von Bieberstein a.a.O. S. 88; Reichel, Gesetz und Richterspruch S. 131; derselbe, Einleitungsartikel Schweiz. ZGB S. 385 ff. (306!); Fehr a.a.O. S. 26, 171 ff; Crome, Lehrbuch § 17, 3 S. 86; Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte S. 356. Ferner RGZ. 5, 130; 18, 261, 37, 179. Gegen die derogatorische Kraft aus den verschiedenensten Gesichtspunkten: Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 251, Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre S. 50 und Kiß, Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes" Recht, S. 485 ff.

Anm. [82]) Das hierin liegende Problem über das Verhältnis des Richters zu Gesetz und Gewohnheit ist nur in der Grundlinie klargestellt worden. In seiner ganzen Tragweite diskutiert ist es damit natürlich noch keineswegs. Das liegt in der Begrenzung des Themas.

Gesamtgefüge des Rechtes wichtig, gewiß ist auch sein Gebiet noch heute umfassender als es auf den ersten Blick scheint[83]). Aber bei unserer eindeutigen, unaufhaltsamen Tendenz zu möglichst vollständiger Kodifikation[84]), bei dem daraus folgenden Übergewicht des gesetzten Rechtes und seiner Bedeutung ist es nicht nur ein unerfüllbarer Herzenswunsch aller Freunde volkstümlichen Rechts[85]), wieder zu einer breiteren Raumgebung des

Anm. [83]) Abgesehen von gewohnheitsrechtlichen Bildungen auf speziellen Rechtsgebieten wie im Aktienrecht usw. — davon später — ist auch im Gebiet des allg. bürgerl. Rechts die Gewohnheit nicht selten. Man muß den „Gerichtsgebrauch" in das Gewohnheitsrecht einbeziehen. Das kann nur aus dogmatischen Bedenken abgelehnt werden (vgl. dazu z. B. Enneccerus a.a.O. S. 87 ff, wo aber darauf hingewiesen wird, daß Gerichtsgebrauch ähnlich wie Verkehrssitte und Usance leicht in Gewohnheitsrecht übergeht; ferner Dernburg, Pandekten I, 64; Endemann, Lehrbuch I S. 37). Durch die Sache selbst aber wird es nicht im geringsten erfordert. Denn der Richter ist die Instanz zwischen organisierter und unorganisierter Rechtsgemeinschaft, der Schnittpunkt und Vermittlungsfaktor zwischen Gesetz und Volk. Durch ihn formen sich Rechtsbedürfnisse, -überzeugungen und -anschauungen zu Rechtssätzen um. Daher fallen in das Gebiet des Gewohnheitsrechts die gesamten modernen Rechtsbildungen wie die culpa in contrahendo, die exceptio doli, die positive Vertragsverletzung, die Unterlassungsklagen u. a. m. Diese sind nur durch richterliche Konkretisierung allgemein auftauchender Rechtsüberzeugungen entstanden. Sie konnten sich durch die Rechtsprechung überhaupt nur entwickeln, weil tatsächlich das Bewußtsein herrschte, daß hier ein Rechtssatz fehle, daß „geholfen" werden müsse, daß ein allgemeines Bedürfnis zur Schaffung eines solchen Rechtssatzes da sei und daß dieser von der Rechtsüberzeugung der durch das Gesetz schutzlos gelassenen Rechtsgenossen zweifellos allgemein gefordert werde. Die Zugehörigkeit des Gerichtsgebrauches zum Gewohnheitsrecht ist schon bei der Lesung des 2. Entwurfes von der Kommission eindeutig ausgesprochen worden. In den Protokollen (Bd. VI. S. 360 ff) heißt es: „Rechtssätze, die sich in der Rechtsprechung unter dem Namen der Analogie, der einschränkenden oder ausdehnenden Auslegung, der feststehenden Praxis usw. herausbildeten seien in Wahrheit nichts anderes als Gewohnheitsrecht und dieses mit Fug und Recht ein Produkt der fortbildenden Tätigkeit des Richters." Im Ergebnis wie hier, aber aus anderen Voraussetzungen und ohne eigentliche Begründung: Isay a.a.O. S. 236 ff.

Anm. [84]) Die Entwicklung ist doch kaum zu übersehen: von Gott als Quelle allen Rechts im älteren Naturrecht, zur „Vernunft" im Sinne des rationalen Naturrechts, über den „Volksgeist" der hist. Rechtsschule zum „Staat" als Schöpfer allen Rechts. — Spengler, a.a.O. S. 73 spricht von der „Tendenz, von vornherein den gesamten lebendigen Rechtsstoff in ein für immer gegliedertes und erschöpfendes Gesamtwerk zu bringen, in dem jeder überhaupt denkbare Fall der Zukunft im voraus entschieden ist."

Anm. [85]) So z. B. Fehr a.a.O. S. 170 ff vom Gesichtspunkt der Wirklichkeitsnähe des Rechtes, was aber in diesem Zusammenhang auf Volkstümlichkeit herauskommt. Wenn sich dieser Wunsch erfüllen lassen sollte — umso besser!

Gewohnheitsrechts zu gelangen, sondern unsere Aufgabe ist auch mit der Klärung der grundsätzlichen Fragen erfüllt und hat sich vor allem dem gesetzten Recht zuzuwenden. Sie muß nunmehr darin bestehen, festzustellen und aufzudecken, welche Linien ein zukünftiges gesetztes Recht einhalten muß, um so volkstümlich wie möglich zu sein. Da ein Recht, das — wie das Gewohnheitsrecht — seine Inhalte aus den Rechtsüberzeugungen der Gemeinschaft bezieht, das „volkstümlichste aller Rechte" sein muß, so heißt es also, derartige Volksüberzeugungen aufzusuchen und zu prüfen, inwieweit sie einem zukünftigen Recht als Grundlage seiner Inhalte dienen können. Wir wenden uns daher der weiteren Aufsuchung von Rechtsüberzeugungen im Volke zu. Dabei ist zunächst ein allgemeiner Zug zu bemerken.

Die Rechtsmüdigkeit.

Lähmend auf eine tiefere Anteilnahme des Volkes am Recht wirkt im Ganzen die Tendenz unserer Rechtsbildung zu einer immer umfassenderen Kodifikation. Das Volk hat nur noch geringe Gelegenheit, sich mit dem Recht unmittelbar zu beschäftigen und abgesehen von Einzelgebieten so gut wie gar keine Gelegenheit, es selbst zu bilden. Die Zeiten umfassender eigener Rechtsschöpfung, die klassischen Zeiten des Gewohnheitsrechts sind vorbei und werden niemals wiederkommen. Wir leben in einer Epoche der vollkommenen Diktatur des gesetzten Rechtes. Bekommt das Volk das Recht aber schon überall fertig vorgesetzt, so folgt daraus seine Form der inneren Beteiligung beinahe zwangsläufig — sie ist meistens passiv und vorwiegend negativ[86]). Der Vorgang der Kodifikation

Anm. [86]) Eine viel erörterte Eigenschaft des „Rechtsgefühls des Volkes" vgl. Warschauer S. 29 ff a.a.O. Die Gründe sind verschieden. Auf die Rolle der Kodifikation gegenüber der Volksanschauung wird selten hingewiesen. Den eigentlichen Grund kann man wohl mit Recht in der These Schopenhauers sehen, der das Recht als abgeleitete Negation des ursprünglichen und überall primären positiven Unrechts betrachtet. Vgl. die ausführliche und einleuchtende Begründung dieses Satzes in Welt als Wille und Vorstellung Buch IV, § 62. Darauf baut auch Jung, Problem des natürlichen Rechts, und: Rechtsregel und Rechtsgewissen auf. Ähnliches findet sich bei Leonhard Nelson, Rechtswissenschaft ohne Recht Kap. VII, § 3, S. 133. Daraus folgt dann, daß man — wie z. B. Binder a.a.O. S. 782 Anm. 35 — zuweitgehend und einseitig behauptet, es gebe überhaupt nur ein „Unrechtsgefühl". Auf dieses gründet bekanntlich Wurzel, Die Sozialdynamik des Rechts, in der Hauptsache seine geistvolle und originelle „Lehre von den Eigenkräften des Rechtslebens" (vgl. insbes. S. 24 ff, 28 — „im dynamischen Sinn geht das Unrecht dem Recht voraus"). Der Kern zu dieser Auffassung liegt, von Hobbels und Grotius stammend, die Rousseau widerlegen will, auch schon Rousseaus Contract social zugrunde (vgl. I.

trägt in sich die Tendenz, den Raum zur Bildung positiver Volksüberzeugungen abzuschnüren und die Volksanschauung in die Opposition zu drängen. Das wäre an sich kein großes Unglück. Opposition kann durchaus fruchtbar sein und jede Verneinung enthält die bewußte oder unbewußte Bejahung ihres Gegenteils. Daher ergeben sich aus stetigen Verneinungen bestimmter gesetzlicher Regelungen meistens sehr bald positive Forderungen. Die starke und anhaltende Opposition gegen den § 218 STGB z. B. drückt ja deutlich genug eine positive Volksmeinung aus. Wichtig ist daher nur, daß eine Form innerer Anteilnahme am Recht überhaupt besteht — und gerade das beginnt heute zweifelhaft zu werden. Das hat verschiedene Gründe. Einmal hängt es ebenfalls aufs engste mit der Kodifizierungstendenz zusammen. Von einem gewissen Punkte ab fällt das Interesse und die innere Anteilnahme des Volkes am Recht genau im Verhältnis der steigenden Gesetzesmenge. Wir haben diese Erfahrung zur Genüge im letzten Jahrzehnt gemacht. Was sich im Staatsleben als Wahlmüdigkeit äußert, tritt im engeren Rechtsleben als Rechtsmüdigkeit auf. Dazu kommt ferner, daß das Recht, selbst im heutigen Rechtsraum, umsoweniger Volkssache sein kann, je mehr es Aufgabe, Beruf und Domäne eines besonderen Standes ist[87]). Seit der Reception hat sich unser Recht in Wahrheit niemals wieder wirklich mit dem Volk verbunden. Diese Tatsache konstatieren unsere Gesetze — wie wir schon gezeigt haben — stillschweigend darin, daß sie sich nur ganz ausnahmsweise noch an den rechtsverflochtenen Menschen selbst, vielmehr überwiegend an

---

Kap. 3, 5 insbes. 6 dort). Es ist erstaunlich, daß diese kleine Schrift, ihrem Wesen nach eine geistvolle Fiktion, durch die moderne Völkerpsychologie manche nachträgliche Wirklichkeitsbestätigung erhalten hat. So berichtet Wundt, Völkerpsychologie Bd. 9, S. 15 ff, daß das Primat des Unrechts im Leben der Völker überall als Bewußtseinsbildung subjektiver Rechte vor dem Bewußtsein objektiver Rechtsordnungen auftauche. Gegen das Primat des Unrechts und Gefühls Riezler a.a.O. S. 54 und Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein S. 9 ff, S. 60 und 69. Sein „logisches" Primat der Rechtsform, infolge der „Priorität des Rechtsbegriffes" und daraus reflektiv dann folgend die Entdeckung des „im Unrechtsbegriff enthaltenen negativen Element" — lauter komplizierte Denkvorgänge gegenüber der einfachen Deduktion Schopenhauers — und der Einfachheit der Sache — überzeugt wenig. U. E. kommt der ganzen Frage — so interessant sie theoretisch ist — keine große praktische Bedeutung bei. Vgl. den folgenden Text.

Anm. [87]) Grundgedanke Beselers a.a.O. Bei Beseler wird nun allerdings alles auf die Antithese „Volksrecht" und „Juristenrecht" zugeschnitten. Der wahre Kern dieses Gedankens ist aber unverkennbar.

den Juristen allein wenden. Alles das erzeugt Entfremdung, innere Gleichgültigkeit und Kühle gegenüber dem Recht[88]). Das Spannungsverhältnis, das auf der einen Seite in der Abkehr des Rechtes vom Menschen und dem gleichzeitig unentwegt wachsenden Bedürfnis und Anspruch des Volkes auf Anteilnahme an allen Kulturgütern und -fragen entsteht, erscheint daher auf der anderen Seite in einer höchst bedenklichen Zwischenlösung — nämlich als offene Tendenz zu einer gewissen feindseligen Teilnahmlosigkeit gegenüber dem Recht. Daß dieser Zustand außerordentlich gefährlich ist, daß in ihm ein großer Teil der „isolierten Krise" liegt, daß damit das Recht aus weiteren Zusammenhängen herausfällt, liegt auf der Hand. Daher kann nicht eindringlich genug gefordert werden, die Anteilnahme des Volkes mit den Mitteln, die uns mehr als irgendeiner Zeit zur Verfügung stehen, zu wecken. Gerade wenn man die Entwicklung zur Kodifikation bejaht[89]), gilt es doppelt, mit unserem Recht ein lebendiges Echo im Volke hervorzurufen. Auf die Wege für die formale Seite, besonders auf die Umkehrung der Anspruchsrichtung der Gesetze haben wir bereits hingewiesen. Indem wir hier versuchen, den Weg für die Rechtsinhalte zu finden und dazu die Volksüberzeugungen selbst und ihren möglichen Wert für die Gesetzeserfüllung nachprüfen, können wir schon ganz allgemein sagen — und das läßt sich nicht hinwegdiskutieren: die Stellungnahme des Volkes zum Recht ist heute vorwiegend ne-

---

Anm. [88]) Daran ändert auch die Sensationsreportage über große Strafprozesse oder eine tendenziöse Behandlung einzelner Rechtsfragen in der Parteipresse wenig. Denn dort ist es das menschliche Einzelschicksal, hier ein einseitiges, selten die Zusammenhänge sehendes Kritisieren um bestimmter Zwecke willen, das interessiert, nicht aber das Recht „an sich". Umso erfreulicher, wo das Recht selbst gekannt und gewürdigt wird, wie z. B. bei Sling, Richter und Gerichtete.

Anm. [89]) Die Gründe hierfür s. Anm. 84. Wir können aus der Entwicklung zur Kodifikation gar nicht mehr heraus. Ein Abbruch würde nicht nur ein Anachronismus sein, sondern wahrscheinlich eine vollständige Rechtsanarchie bescheren. Das vielgepriesene, meist falsch verstandene englische Vorbild ist für uns unanwendbar. Es beruht auf einer jahrhundertelangen, einheitlichen und gradlinigen Tradition (vgl. Gerland, Probleme des engl. Rechtslebens). Das common law, das alle wesentlichen Vorschriften über Verträge, Schuld- und Schuldverhältnisse, über Schaden, Besitzstörung, Beleidigungen etc. enthält, ist der wichtigste Bestandteil des englischen Rechtssystems. Ohne ihn ist das Gesetzesrecht — statute law — ohnmächtig und unanwendbar (vgl. Geldart a.a.O. Kap. I, 2, S. 2 ff). Dagegen würde ein Autodafée unseres Gesetzesrechts unser Rechtsleben einfach vernichten. Von diesen Grundlagen aus ist also an eine Aufgabe oder wesentliche Einschränkung der Kodifizierung bei uns gar nicht zu denken.

gativ. Sie beginnt außerdem als solche bereits ganz erheblich zu erlahmen. —

Die technischen Normen.

Wir haben den Kern der Rechtsüberzeugung in der Frage nach dem Gerechten erkannt. Daraus folgt, daß diese Frage ihrem Charakter nach nicht an alle Normen des Rechts gleichmäßig gestellt werden kann, sondern vorzugsweise an diejenigen, welche eine Entscheidung über die Regelung eines Lebensverhältnisses unmittelbar enthalten. Ein großer Teil des Rechts ist jedoch nur Weg und technisches Mittel zur Zweckerfüllung der endgültigen rechtlichen Zielsetzungen und eignet sich schon rein stofflich nicht dazu, Gegenstand von Volksüberzeugungen zu sein. Es ist der Teil der Rechtsordnungen, der sich am besten als das Gebiet der sogenannten „technischen Normen“[90]) charakterisieren läßt. Ihr Verhältnis zur Volksüberzeugung ist in der Tat vollkommen indolent und man kann Fehr unbedenklich zustimmen, wenn er es folgendermaßen schildert: „Es gibt eine Fülle von Normen, welche die Rechtsüberzeugung wenig oder gar nicht berühren. So kümmert sich das Volk kaum um die Frage, ob eine Aktiengesellschaft erst entsteht mit der Eintragung ins Handelsregister, ob eine Hypothek in diesem oder jenem Zeitpunkt gekündigt werden kann, wo die Grenze liegt zwischen Diebstahl und Unterschlagung, was alles zu einer Konkursmasse zählt usw. Dem Bürger kommt es darauf an, daß er als Handelstreibender das Recht hat, sich in Gestalt einer Aktiengesellschaft mit anderen zusammenzuschließen; daß er, wenn etwa Geldmangel ihn drückt, das Recht hat, sein Grundstück mit Sicherheiten zu belasten; daß er, im Falle eines Diebstahls nicht der Willkür des Richters ausgeliefert ist, sondern nach einer bestimmten Diebstahlsnorm gerichtet wird; daß in einem geordneten Verfahren, welches man Konkurs nennt, der Schuldner wie der Gläubiger zu gerechtem Ausgleich gelangen sollen usw. Die Rechts-

Anm. [90]) Die Prägung stammt von Fehr, Recht und Wirklichkeit S. 28/9. Dort findet sich auch das wiedergegebene Zitat. Die Einsicht selbst ist wohl eine selbstverständliche Folge und unvermeidliche Folgerung aus dem Wesen der Rechtsüberzeugung. Sie wird daher auch allgemein gebilligt und verwendet. So z. B. außer bei Fehr u. A. bei Marschall v. Bieberstein, Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze („Richtungsnormen“ — der Ausdruck Fehrs ist u. E. treffender und plastischer —) und bei Isay a.a.O. S. 120, der alle diese Normen in das Gebiet der „praktischen Vernunft“ verweist. Die Rolle der technischen Normen gegenüber der Volksüberzeugung ist damit jedoch noch nicht erschöpft. Sie hat eine zweite, gefährliche Seite. Vgl. hierzu die folgenden Seiten und die nächste Anmerkung.

überzeugung des Volkes bewegt sich meist nur in großen Linien. Die Ausfüllung der Figuren mit Einzelheiten überläßt das Volk regelmäßig geschulten Leuten. Ja, hunderte von Vorschriften, die der Staat aufstellt, entziehen sich überhaupt einer eigentlichen „rechtlichen" Beurteilung, z. B. zahllose Gebote, die notwendig sind für den Behördenorganismus und den Verkehr. Diese Dinge sind technischer Art." — Eine solche Beziehungslosigkeit zur Volksanschauung haben auch in überwiegender Mehrzahl die Normen des Kirchen- und Völkerrechts, der Währungs-, Gold-, Bank-, Münz-, Maß- und Gewichtspolitik. In weiterem Sinne „technisch" sind die Vorschriften über Muster- und Markenschutz, über das Transportwesen und beinahe das gesamte Versicherungsrecht. Auch die im eigentlichen Sinne technischen Normen, die Rechtssätze formeller Natur[91]) der Prozeßordnungen, des Grundbuches, der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Verordnungen über das Schlichtungswesen und der Tarifvertragsordnung sind zum größten Teil kein Gegenstand von Volksüberzeugungen. Ausnahmen bilden die Geschworenen- und Schöffengerichtsbarkeit und aus den Prozeßrechten die längst verwirklichten, damit zusammenhängenden wahrhaft volkstümlichen Grundsätze der Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit der Verhandlung, das Armenrecht, das Sühneverfahren und ähnliches[92]). Ihrem ganzen Charakter nach aber sind diese Teile der Rechtsordnung Organisationsbestimmungen. Es sind interne und technische Spielregeln, durch die das materielle Recht die Erreichung seiner Zwecke am schnellsten, besten und reibungslosesten zu erreichen glaubt. Daher drücken sich

Anm. [91]) Die Formvorschriften haben von jeher den ganzen Fluch der Unvolkstümlichkeit auf sich gezogen und den ausgesprochenen Haß des Volkes geerntet. Warschauer, a.a.O. S. 38 ff gibt die richtige Erklärung und Rechtfertigung der Formvorschriften aus ihrer entfernteren Stellung zur Rechtsidee. Er bemerkt abschließend (S. 44 a.a.O.): „Der Haß des Volkes nimmt aber in dem Maße zu, als es nicht mehr imstande ist, den Weg, der von ihr zum Rechtsgedanken führt, zu verfolgen, als es den Sinn der Form nicht versteht. Die „Rechtsordnung ist diesem Hasse gegenüber ohnmächtig." So auch Rumpf a.a.O. S. 53.

Anm. [92]) Hier liegt der Angriffspunkt für eine Spezialuntersuchung, die sich mit den Grundzügen und Möglichkeiten einer volkstümlichen Gestaltung und Ausbaues unserer Prozeßordnungen insoweit zu befassen hätte. Ansätze dazu finden sich bei Rumpf a.a.O. S. 20—23. Eine abgeschlossene Grundlegung stellt die eingehende und kluge Arbeit von Warschauer für das Schwurgericht dar. Doch fehlt es an einer Zusammenfassung aller Fragen, die mit den Prozeßrechten in dieser Beziehung zusammenhängen.

in ihnen — wie auch vornehmlich im Verwaltungsrecht — vor allem konkrete Bedürfnisse, Nützlichkeitserfordernisse und praktische Zwecke der Rechtsanwendung aus[93]). Alle diese Normen scheiden daher für eine Prüfung nach Volksüberzeugungen und eine Gestaltung volkstümlicher Art grundsätzlich aus.

Segen der Spezialisierung.

Dreht man dagegen unsere Untersuchung nunmehr in die entgegengesetzte Blickrichtung, so erscheinen andere Teile der Rechtsordnung und zwar ebenfalls ihrem inneren Wesen nach für eine volkstümliche Gestaltung und die Bildung von Volksanschauungen geradezu praedestiniert. Sie s i n d auch tatsächlich in den durch die Komplizierung des modernen Lebens gezogenen Grenzen schon so „volkstümlich" wie möglich. Denn eine unmittelbare Anteilnahme, eine stete Wechselwirkung zwischen schöpferischer Anregung und werdender Form, die nahe und verständnisvolle Verbindung zwischen Mensch und Recht findet auf allen d e n Rechtsgebieten statt, die sich an eine besonders sachverständige Gruppe, an einen bestimmten, nur von ihnen betroffenen Stand richten. Schon Savigny hatte auf die Bildung von „Abteilungen" im Volk aufmerksam gemacht[94]), kleinere oder größere von ihm mehr räumlich verstandene Lebenszentren, wie Dörfer, Städte, Corporationen aller Art, die eine gemeinsame Anschauung des Rechts, besondere Bräuche und einheitliche Rechtsanschauung innerhalb des Gesamtvolkes zu entwickeln vermögen. Jedoch hat diese h o r i z o n t a l gesehene Gliederung für ein modernes Recht keine Be-

Anm. [93]) Dagegen ist es u. E. falsch, wenn man — wie z. B. Stier-Somlo a.a.O. S. 77 — auch die Strafrechtsnormen, insbesondere die Begriffe des allgemeinen Teils wie Kausalität, Unterlassung, Rechtswidrigkeit, Notwehr, Notstand, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Absicht, Vollendung, Versuch, Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe zu den Normen rechnet, die „ihren Stoff keineswegs aus der Volksüberzeugung" holen. Wie sehr sie es dennoch tun und wie stark sich gerade hier das Volksbewußtsein, die Volksanschauung bei der Beurteilung, Begrenzung und Ausfüllung dieser Begriffe immer mehr in der Praxis des Reichsgerichts durchsetzt — wie weit also das Strafgesetz auch bei der Gestaltung seiner Normen auf diese Volksanschauung Rücksicht zu nehmen hat, weist Klee bis in die letzten Einzelheiten nach. Vgl. hierzu Klee „Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichts"; und Baumgarten, Strafrecht und Volksempfinden. Merkwürdig widerspruchsvolle Gründe gegen volkstümliche Strafrechtsnormen und für volkstümliche Strafrechtsanwendung bei Rumpf a.a.O. S. 19/20.

Anm. [94]) Vgl. Savigny, System Bd. I S. 19/20.

deutung mehr[95]). Vielmehr ist es gerade umgekehrt die vertikal gegliederte Schichtung unseres modernen Lebens, die Einstufung örtlich getrennter, über einen großen Raum verstreuter Menschen in eine berufsmäßige, wirtschaftliche oder ständische Einheit, eine Verbindung, die sich als Zugehörigkeit nicht nur zu Gewerkschaften, Arbeitsverbänden, Innungen, sondern schon zu einem bestimmten Beruf oder einer Beschäftigung schlechthin dem ganzen Leben bestimmend mitteilt, der ein ebensolcher vertikaler Zug in der Rechtsordnung entspricht. Das „Spezial"recht, das sich hier an die Einzelnen richtet nur in ihrer Eigenschaft als Angehörige eines solchen Standes oder Berufes steht in einem durchaus nahen, persönlichen und schöpferischen Verhältnis zu ihnen. Es zeigt sich hier eine neue „goldene" Seite der vielgeschmähten Spezialisierung. Betrachten wir ihren Segen näher.

Einzelne Spezialrechte.

Die Vorschriften des HGB wenden sich nur an einen Stand, die Kaufleute. Unter ihnen werden wieder einzelne Gruppen ausgesondert und handelsrechtlich für sich erfaßt: Lagerhalter, Spediteure, Frachtführer usw. Für die Reeder, den gesamten Reedereibetrieb und den Handel zur See gelten besondere Vorschriften. Alle diese einzelnen Gruppen von Kaufleuten müssen die rechtlichen Bestimmungen ihres Handelszweiges als selbstverständliche Voraussetzung ihres Berufes kennen, verstehen und einhalten. Sie gehören zu seiner Beherrschung. Das Recht ist hier mehr und näher als in seinen allgemeinen Grundsätzen mit dem Leben verbunden[96]). Es ist selbtsverständ-

Anm. [95]) Für die Volkstümlichkeit hat sie nur den Wert der Bildung von Observanzen. Es ist aber auffallend, daß man in unserem einschlägigen Schrifttum die Betrachtung niemals umgedreht hat und in folgedessen nicht auf die weittragende Bedeutung des im folgenden dargestellten Gedankens der „Vertikalgliederung" für unser Problem gestoßen ist. Die „vertikale Struktur" des modernen Wirtschaftslebens spielt bekanntlich besonders in der Volkswirtschaft eine große Rolle. Vgl. dazu neuerdings Fried, Das Ende des Kapitalismus, S. 49 ff, 82 ff, 109 ff (Vertikalgliederung des Mittelstandes) und Wagener, Grundlagen und Ziele nationalsozialistischer Wirtschaftspolitik insb. S. 35 ff (berufsständischer Aufbau und vertikale Struktur der Stände!)

Anm. [96]) Nicht zuletzt in seinen Ausdrucksmitteln und der Art der sprachlichen Darstellung seiner Gedanken. Die Klarheit, Gemeinverständlichkeit und Anschaulichkeit des alten ADHGB und unseres jetzigen HGB ist oft gerühmt worden. (Vgl. nur Gierke, Das BGB usw. S. 22). Technische Teile wie Stücke des Aktienrechts und ähnliches scheiden natürlich für die Volkstümlichkeit der Sprache als „technische Normen" aus. Darüber schon oben. Im übrigen aber ist

licher Bestandteil der Arbeit und des Alltags. Daher wird dieses Recht unter der andauernden Mitarbeit der Praxis viel unmittelbarer aus den tatsächlichen Bedürfnissen herausgeboren und umgestaltet als das übrige Recht. Typisch hierfür ist die Reform des Aktienrechts[97]). Ähnliches gilt für die Automobilgesetzgebung, die sich aus der Berücksichtigung dauernder Anregungen und Vorschläge von Zeitungen, Fachzeitschriften und größeren Fachverbänden — in diesem Sinne die „Volksmeinung"![98]) — fortbildet.

-besonders das Arbeitsrecht.

Die wichtigsten Beispiele aber werden durch das Betriebsrätegesetz und die ganze arbeitsrechtliche Gesetzgebung[99]) überhaupt gegeben. Ihr Wert an Volkstümlichkeit[100]) und Lebensnähe ist gar nicht hoch genug zu

das HGB außer der Reichsverfassung und der Arbeitsgesetzgebung — darüber im folgenden eingehend — unser sprachlich volkstümlichstes Gesetz.

Anm. [97]) Vgl. dazu Geiler, Grundsätzliches zur Aktienrechtsreform im JW 27, S. 1069 u. Flechtheim, Strukturwandlungen der Wirtschaft u. d. Aktienrecht. Für das Patent — insbes. Erfinderrecht: H. Isay, Patentges. S. 109 ff, 514 ff; für das Verbandsrecht (Anwendung des § 31 BGB auf OHG u. nichtrechtsfähigen Verein): Klausing, Uneinheitliche Stimmabgabe usw. S. 136 Anm. 182 mit Literatur. In allen Fällen handelt es sich um gewohnheitsrechtliche Fortentwicklung auf Spezialgebieten. Für uns ein weiterer Beweis des Wertes und der Bedeutung der Vertikalgliederung der Rechtsordnung und ihrer Raumgebung für unmittelbaren Übergang von Rechtsüberzeugungen in — „volkstümliches" Recht!

Anm. [98]) „Der Leser hat das Wort" und „Protest der Fleischerinnung" das ist in diesem Sinne die wahre „Stimme des Volkes".

Anm. [99]) Charakteristikum des Arbeitsrechts ist es „alle rechtlichen Beziehungen des Arbeitnehmers, die mit der Eigenart seiner berufsständischen Stellung zusammenhängen" zu ergreifen. Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 6. Zum Folgenden außerdem Kaskel, Arbeitsrecht, und Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts.

Anm. [100]) Auch an Volkstümlichkeit der sprachlichen Form und Gedankendarstellung! Schon die arbeitsrechtlichen Vorschriften in den allgemeinen Gesetzen (BGB §§ 59 ff, Gewerbeordnung §§ 105 ff — BGB 611 ff — u. a. sind laienverständlich. Die Gewerbeordnung ist zum größten Teil volkstümlich abgefaßt, wenn sie auch in Aufbau und Gliederung dringend einer Reform bedarf. Vorbildlich in dieser Hinsicht sind jedoch die eigentlichen Arbeitsgesetze: das Betriebsrätegesetz v. 4. II. 20 (RG Bl. 1920 S. 147) stellt seinen Zweck klar an die Spitze (§ 1), enthält musterhafte Legaldefinitionen (§§ 9, 10, 11, 12) und ist gut und übersichtlich gegliedert. Es gibt offenen Einblick in Grundhaltung und Gesinnung und umreißt genau die Einzelaufgaben (§§ 1, 66; 6, 78; 35, 68, 81). Die Einbeziehung der Zuständigkeit für Streitigkeiten gibt eine organische Abrundung (§ 93). Auffallend ist die sprachliche und gedankliche Disziplin, die ruhige Ordnung, die klare Haltung. Die Sprache ist sachlich, aber nicht frostig oder übertrieben nüchtern, eher anschaulich. Klare, meist sehr kurze Sätze — der Satzbau trennt sinnvoll gesonderte Gedanken in Einzel-

schätzen. Hier wird die Mechanik des freien Vertrages, die Fiktion des abstrakten, zusammenhanglos bewerteten Menschen, von denen die Privatrechtsordnung unterschiedlos ausgeht, vor einer besonders gestalteten Lebenseinheit fallengelassen und juristisch korrigiert. Hier ist der Arbeiter nicht das „Einzelindividuum", das mit dem Unternehmer, einem beliebigen anderen „Einzelindividuum" im Wege des „freien" Vertrages die Rechtsbeziehung des einzelnen Arbeitsvertrages regelt, ohne die ungeheure soziale Macht- und Ohnmachtstellung, ohne die schweren Kämpfe zu berücksichtigen, in denen sich beide gegenüberstehen. Sondern hier ist der einzelne Arbeiter einmal Glied eines Berufsverbandes, der der Wirklichkeit entsprechend dem Unternehmer als geschlossene soziale Kraftgruppe, als Partei auf dem Wege des Tarifvertrages gegenübertritt und hier ist er zugleich Glied des wirtschaftlichen Arbeitsverbandes des Betriebes, wie er der Tatsächlichkeit der Wirtschaft entspricht. Und dadurch, durch seine entscheidende Wendung zum Leben, durch seine enge Verbindung mit Wirtschaft und Wirklichkeit, wirft auch das Arbeitsrecht einen guten Teil des

---

sätze ab, statt sie in Nebensätze zusammenzuschrauben. Die Anspruchsrichtung entspricht seinem Zweck: es wendet sich unmittelbar an die Arbeiterschaft und ist daher ungemein laienverständlich. Das Arbeitsvermittlungs- und -versicherungsgesetz v. 16. VII. 27 (RG Bl. 1927, I S. 187, 320, 337 u. RG Bl. 1928, I S. 109) ist ebenfalls, soweit es nicht reine Organisationsbestimmungen enthält (§§ 1 bis 87) durchweg vorbildlich knapp, klar und gemeinverständlich gefaßt. Ebenso das Hausarbeitsgesetz v. 30. VI. 30 (RG Bl. 1930, I. S. 472, 730) soweit es sich nicht mit Dingen technischer Art (§§ 19, 43) befaßt, das Kündigungsschutzgesetz v. 1. VII. 1926 (RG Bl. 1926 I. 399, 412), das Kinderschutzgesetz v. 30. II. 03 (31. VII. 25) mit den entsprechenden Vorschriften der Gewerbeordnung, das Schwerbeschädigtengesetz v. 12. I. 23 (RG Bl. 1923, I. S. 58) — besonders guter Aufbau und klare Begriffsbestimmungen (§§ 1—3) schließlich die Landarbeiterverordnung v. 24. I. 1919 (RG Bl. 1919 S. 111, 184) und die Ergänzungen im Reichssiedlungsgesetz (§§ 22—25a). Beispiellos in Fassung, Aufbau und Stil ist nur die Arbeitszeitverordnung v. 21. XII. 23 (RG Bl. 1927, I. S. 110). In ihren ganzen 16 §§ ist das Unmöglichste an Verschachtelung und Satzbau (10—12 Zeilen lange Sätze mit 50—90 Worten!) geleistet (§§ 6, 7, 9!). Und dieses Gesetz stellt den Triumph der Arbeiterschaft, stellt einen Merkstein in der Wirtschaftsgeschichte dar. Für jeden Arbeiter ist es vollkommen unverständlich. Im Ganzen ist die Verselbständigung des Arbeitsrechts bereits soweit vorgeschritten, daß es für eine Sonderkodifikation reif ist. Das längst verheißene Reichsarbeitsgesetzbuch ist daher überfällig. (Vgl. die vorbildliche Carta di lavoro in Italien!) Die überaus klare Zusammenstellung aller arbeitsrechtlichen Normen bei Wagemann, Die Arbeitsgesetze, ist schon ein solches Werk im Rohbau. Näheres Anm. 163 S. 142.

bürgerlichen Vertragsrechts über den Haufen und erfaßt die Lebenseinheiten viel tiefer und wesentlicher. Denn das Arbeitsrecht und jedes richtig gestaltete Spezialrecht ist mehr als eine „Sonderregelung" — es ist in gewissem Sinne die Überwindung des allgemeinen abstrakten Begriffes durch das Leben!

Der Katalog der Spezialrechte.

Man kann den Katalog der Spezialrechte in diesem Sinne noch weiter führen. In ihn gehören auch die Gewerbe-, die Seemanns- und Landarbeiterordnung. das Patent-, Verlags-, Urheber- und Erfinderrecht. das Presse-, Pfandleih-, Schankstättengesetz u. v. m. Diese Verbundenheit ist so weit ausgebildet, daß durch Arbeits-, Kaufmanns-, Gewerbegerichtsbarkeit für die einzelnen Berufe auch die Garantie geboten wird, ihre Interessen durch Fachleute vertreten und behandelt zu wissen. Die Besetzung solcher Gerichte, ihre Mischung von Laien und Juristen ist geradezu ein Symbol der Synthese zwischen Recht und beruflich gebundenem Leben.

Die „vertikale" Rechtsordnung.

Daraus ergibt sich für die Volkstümlichkeit eines modernen Rechts eine sehr wichtige Erkenntnis: eine der Vertikalgliederung des modernen Lebens möglichst eng angepaßte Aufteilung des Rechtsstoffes. eine „vertikale Rechtsordnung" muß volkstümlich sein. Denn sie enthält alle die Gebiete. die sich unmittelbar an einzelne zu Ständen, Berufen oder bestimmten Tätigkeitsformen zusammengeschlossene Volksschichten richten. Die Volkstümlichkeit beruht zunächst darauf. daß die Mitglieder dieser Volksgruppen die notwendigen Kenntnisse ihres Spezialrechtes zugleich mit der Schulung für ihre Tätigkeit erwerben. durch ihre Ausübung andauernd in lebendigem Zusammenhang mit „ihrem" Recht bleiben. eine unmittelbare Anschauung und Übersicht der Lebens- und Rechtsbedürfnisse auf diesem Gebiet besitzen und immerhin noch übersehbare „Überzeugungen" hinsichtlich ihres Spezialrechts herausarbeiten können. Tiefer gesehen beruht die Volkstümlichkeit der Sondergebiete auf ihrer unmittelbareren und daher richtigeren juristischen Erfassung des Lebens und des Menschen. In dem Abschnitt über die Ergebnisse und Schlußfolgerungen werden wir die Konsequenzen und die weiteren Gestaltungsmöglichkeiten aus dieser Erkenntnis ziehen. (Kapitel IV der Arbeit).

Damit aber, mit der Fixierbarkeit von Rechtsüberzeugungen auf den Gebieten des Gewohnheitsrechts ist u. E. ihr Wert als Grundlage für ein zukünftiges Gesetzes-

recht erschöpft. Denn in den nunmehr noch verbleibenden Gebieten des Rechtes, vor allem im Rechts- und Lebensrahmen des BGB. ist eine unmittelbare Anschauung, die Bildung einheitlicher und klarer Volksüberzeugungen ausgeschlossen.

Unmöglichkeit einheitlicher Volksüberzeugungen im übrigen.

Das liegt einmal daran, daß das Publikum des bürgerlichen Rechts keine einzelne Volksgruppe ist, die vom Recht unter dem Gesichtswinkel eines besonderen Standes, Berufes oder einer irgendwie charakterisierenden Tätigkeit gesehen wird, sondern daß es das g e s a m t e Volk ist. Jeder seiner Bürger wird von der Geburt bis zum Tode und noch darüber hinaus von diesem Recht berührt, bestimmt und ergriffen. Ferner ist der Stoff des bürgerlichen Rechtes so umfassend, er enthält hunderte von Einzelheiten und rechtlichen Verschiedenheiten, daß sich über ihn als ganzes eine Anschauung des Volkes unmöglich zu bilden vermag. Wo einzelne Fragen auftauchen, dort können sie — wie wir schon gesehen haben — im Wege des modernen begrifflich weit gefaßten Gewohnheitsrechtes Gegenstand und Ausdruck einzelner Rechtsüberzeugungen sein. Dort können sie sich auch in einer gewissen Stetigkeit und Einheitlichkeit — als ein Hinweisen in einer bestimmten Richtung entwickeln.

Einheitliche Volksüberzeugungen aber können im übrigen erfahrungsgemäß nur bei Vorstellungen von äußerster Einfachheit auftreten und zwar nur bei Vorstellungen, die unmittelbar einen Lebensnerv des Volkes berühren. So, wenn das Dasein oder die Erwerbsmöglichkeit der Gesamtheit, das Lebensinteresse des Staates gefährdet ist[101]). Zudem handelt es sich, wenn man die Geschichte gewordenen Beispiele der „Einheit der Nation" näher ansieht, dabei weniger um rein rechtliche, als vielmehr um soziale, rechtspolitische oder meistens um nationale Fragen[102]). So war es schon 1813, in den Augusttagen 1914, so in den Zeiten des Ruhrwiderstandes, so bei dem Auslieferungsbegehren der Entente hinsichtlich der deutschen Heeresführer. In den eigentlichen Fragen des Rechts jedoch ist eine gemeinsame einheitliche Volksüberzeugung von der rechtlichen Ausgestaltung einzelner Lebensverhältnisse undenkbar, unnachweisbar und in

Die „Einheit der Nation".

Anm. [101]) Grundlegend Montesquien, vgl. ferner Ihering, Kampf S. 38 und Stier-Somlo a.a.O. S. 74.

Anm. [102]) Ebenso Warschauer, Das Rechtsgefühl des Volkes, S. 121 u. S. 133; ähnlich Baumgarten, Strafrecht und Volksempfinden, S. 14 ff und Oertel, Der Richter und die öffentliche Meinung, in DRZ I, S. 269.

Wirklichkeit nicht vorhanden[103]). Denn obwohl diese Lebensverhältnisse, die in der Rechtsordnung als Familie, Person und Personenverbände, Vereine, Gesellschaften, Vertrags- und Erbverhältnisse, Grundstücks- und Eigentumsbefugnisse auftreten, unmittelbare Bestandteile des menschlichen Gesamt- und Einzellebens bilden, sind sie doch als Grundlagen selbst schon rein stofflich derart kompliziert und unter dem Ansturm der verschiedenen Weltanschauungen so brüchig und erschüttert worden, die Verschlungenheit und Verzweigung der einfachsten Lebensverhältnisse ist derart gesteigert, daß sich eine einheitliche Auffassung von ihnen nicht mehr bilden kann. Wie unversöhnlich gegensätzlich denkt das Volk selbst bei den wenigen speziellen, den immerhin noch großen Fragen des Rechts wie z. B. bei der Todesstrafe, bei der Abtreibung, bei der Reform des Eherechts! Ob es jedoch zu den E i n z e l fragen des Rechts Stellung nimmt und sich unter ihrer juristischen Ausgestaltung überhaupt etwas zu denken vermag, ist schon mehr wie zweifelhaft. Bei dem Versuch, derartige Volksmeinungen im Einzelnen festzustellen, begegnen wir beinahe unlösbaren Schwierigkeiten[104]). W e n n sich das Volk dabei aber etwas denkt, dann — das ist sicher — nur in höchst schwankenden und unklaren Umrissen, uneinheitlich und äußerst gegensätzlich.

Erscheinungsformen der Volksmeinung

Anm. [103]) Zu diesem Ergebnis muß u. E. jeder kommen, der sich mit dieser Frage beschäftigt. Wie hier Warschauer a.a.O. S. 131, Baumgarten a.a.O. S. 12 und Vierhaus, Über die Methode der Rechtsprechung S. 65.

Anm. [104]) Worin äußert sich denn die sogenannte Volksmeinung: in der Presse, im Volksbegehren, in den Programmen der Parteien, die jede für sich ihre Forderungen im Namen des gesamten einigen Volkes aufstellen, in den Schriften seiner Denker oder in Reichstagsreden? Seit den Tagen des Thing kann man es nicht mehr mit Sicherheit sagen. Für Warschauer a.a.O. S. 126 ist die Frage unlösbar. Ähnlich Baumgarten a.a.O. S. 12 ff. Ebenso Stier-Somlo a.a.O. S. 82 ff. Es gibt jedoch e i n e n unbedingt und e i n e n bedingt zuverlässigen Weg der Feststellung. Der unbedingt zuverlässige Weg ist die Volksabstimmung bzw. Volksinitiative. Tatsächlich ist die Schweiz auf diesem Wege zu einem großen Teil ihres Rechts gekommen. Vgl. Stüssi, Recht und Initiative in den Schweizer Kantonen, und Herzog, Das Recht in der Schweiz, ferner das Zustandekommen des neuen Schweizer Zivilgesetzbuches! Aber eine Methode, die dort durch die Gunst besonderer räumlicher, geistiger und traditioneller Verhältnisse fruchtbar gewesen ist — im Rahmen der Wirklichkeit gewordenen alten Demokratie auf kleinem Raum — ist bei uns nicht verwertbar. Stellen wir uns Volksabstimmungen über einzelne Rechtsgestalten in Deutschland vor! Das Volk würde gar nicht begreifen, was man von ihm will. Es würde entweder vollkommen passiv bleiben oder, durch Parteiverlockungen be-

Und das kann ja auch aus einem tieferen und letzten Grunde gar nicht anders sein. Der Zeit fehlt eine einheitliche Anschauung des Lebens überhaupt. Das Leben gilt für uns unter keiner großen gemeinsamen Idee mehr, wie es im deutschen Mittelalter in der allgemeinen Verbundenheit der religiösen Idee galt. Wir stehen vielmehr mitten im Schnittpunkt sich schneidender Welten, in einer Zeit der Umformungen. Ansätze und Anbahnungen zu einem einheitlichen Stil — d. h. wir leben mitten in der vollkommenen Friedlosigkeit der großen Auseinandersetzungen. Wie sollte sich da innerhalb eines ganzen Volkes eine Gemeinschaft der Denkweise bilden können. Und da das Recht sich aus dem Leben heraus gestaltet, auf dem es ruht. dieses Leben selbst aber aufgeteilt ist von dem Machtkampf der vielfältigen feindlichen Lager wirtschaftlicher. sozialer. politischer und geistiger Verschiedenheit, so ist es nur eine ganz notwendige Folge, daß eine einheitliche Anschauung des Volkes auch von der rechtlichen Form der einzelnen Lebensverhältnisse nicht entstehen kann.

Der Mangel einheitlicher Weltanschauung

Hätten wir wieder ein gemeinsames Lebensgefühl, z. B. eine ausgesprochene Kollektiv- oder Individualwertung des Daseins. eine einheitliche Erfassung und Empfindung des Lebens wenigstens in ganz großen Linien. so wären die Voraussetzungen für ein volkstümliches Recht ideal: das Recht würde sich aus diesen Grundlinien aufbauen. sich nach ihnen formen und sein ganzes Wesen w ä r e wahrhaft volkstümlich, es würde der inneren Art des ganzen Volkes entsprechen. Dies ist der eigentliche Kulminationspunkt für ein volkstümliches Recht. seine höchste Vollendung: die Einheit der Weltanschauung in einem Volke als einheitliche innere Grundlage des Rechts. Sie ist und bleibt ein Ideal, von dem unsere Gegenwart weiter denn je entfernt ist. Wir aber haben es allein mit dieser Gegenwart zu tun. Wir können sie nicht von heute auf morgen umprägen und wir können noch weniger das Recht dadurch volkstümlich machen,

Von der Kulmination volkstümlicher Rechte.

---

arbeitet, den größten Versprechungen nachlaufen. Es gehört viel Glauben an die Segnungen demokratischer Einrichtungen auf deutschem Boden dazu, um als Resultat eines solchen Versuchs nicht vollendeten Bankrott und gerade heute ein Chaos vorauszusehen. Infolgedessen bleibt nur der zweite, bedingt zuverlässige Weg: die intuitive Erfassung durch die große Einzelpersönlichkeit. In der Tat spricht viel in der Geschichte des Rechts dafür — nicht zuletzt die Erschaffung des Sachsenspiegels, des Code Civil und des heutigen Schweizer Zivilgesetzbuches (Eugen Huber, Napoléon- Eipe von Repkow).

daß wir dieser Gegenwart die Utopie einer gemeinsamen Weltanschauung unterschieben oder — wie Deinhardt[105]) es will — die Erneuerung des Rechts von einer Neubildung der Weltanschauung allein abhängig machen. Denn das würde einen Verzicht auf die unmittelbare Arbeit am Recht bedeuten. Was wir hinsichtlich der Einzelprobleme des Rechts heute im Volksganzen erkennen können, sind Gruppen von Gegensätzen, die zusammengepreßt in Ideen, Forderungen. Weltanschauungen wie auf allen anderen Gebieten unserer Kultur, so auch im Recht um die Macht kämpfen, Ausdruck und Ausschlag zu geben. Dieses Ringen um ein neues Weltbild läßt sich — wie wir noch sehen werden — in der gesamten Struktur des Rechts nachweisen. Soweit dabei einzelne Ideengruppen sich zu einem klaren Bild durchgerungen haben, sind sie auch, wie z. B. im Eherecht, als Fundament eines zukünftigen Rechts wichtig. Davon wird noch später zu sprechen sein. Eine einheitliche Anschauung des Volkes vom Recht läßt sich jedenfalls nicht nachweisen. Sie ist nicht vorhanden und kann nicht vorhanden sein.

Daher können Volksüberzeugungen außer auf den schon bezeichneten Gebieten des Gewohnheits- und Spezialrechts heute unmittelbar keine sichere Orientierungsbasis, keine brauchbare Grundlage für den Neubau des Rechtes darstellen.

Nunmehr gilt es, das Problem anders zu fassen: bejaht man überhaupt die Entsprechung der Rechtsinhalte durch die seelischen und geistigen Kräfte einer Volksgemeinschaft — und das ist der Kern aller Forderung nach volkstümlichem Recht — so muß versucht werden, diese Kräfte, wenn sie nicht unmittelbar als Überzeugungen auftreten, als mittelbar in ihren Gestaltwerdungen eingeschlossene Energien zu suchen und aufzudecken. Sie müssen mit einem Wort aus dem Leben, aus der Geschichte und aus dem Charakter der Rechtsfiguren selbst erschlossen werden. —

Neufassung des Problems.

Gehen wir auf unsere Auffassung vom Volk zurück. Wir haben das Volk begriffen als die lebendige Wirklichkeit einer durch die Generationen und den geschichtlichen Raum fortdauernden Kraft. Wir begreifen als eine Ausstrahlung dieser Kraft das Recht und sehen es mit Savigny, Ihering, Binder, Radbruch und Anderen als individuellen Lebensausdruck eines Volkes an. In der Tat

Anm. [105]) Das ist die eigentliche Achse der Deinhardtschen Gedanken. Vgl. a.a.O. S. 28, 34, 58, 65, 70, 78.

ist schon das „Parlamentsrecht" nichts anderes als der manifestierte Wille einer Volksgemeinschaft und zum mindesten insoweit eine ihrer Lebensäußerungen[106]). Wir glauben, daß jedes Recht daher „das Urbild seiner Schöpfer in abgezogener Form" in sich trägt[107]) und daß sich in großen und tiefen Linien alle wesentlichen Züge eines Volkes mit Notwendigkeit im Recht ausdrücken und aufzeigen lassen. Montesquieu hat im „Esprit des Lois" die ersten Fundamente zu diesem Gedanken gelegt. Der Beweis im Einzelnen ist durch unzählige Beispiele zu erbringen. Ihering hat ihn durch seinen „Geist des römischen Rechts" geführt. Die zahlreichen inneren Gegensätzlichkeiten zwischen den germanisch deutschen Rechtssystemen, deren grundlegende Prinzipien sich noch bis auf den heutigen Tag in den Niederlanden, Österreich, in den skandinavischen Ländern — teilweise in Deutschland und der Schweiz — am reinsten in England, seinen Dominions und in den Vereinigten Staaten (sogenannter angloamerikanischer Rechtskreis) erhalten haben[108]), und den auf wesentlich römischen Fundamenten aufgebauten Rechtssystemen Italiens, Frankreichs, Belgiens, Spaniens, Portugals, Lateinamerikas und der Balkanstaaten, veranschaulichen die innere Verschiedenheit der Denk- und Lebensformen zur Genüge. Die ganze vergleichende Rechtsgeschichte, die vergleichende Rechtswissenschaft überhaupt liefert, nicht selten gegen ihren Willen, eine Bibliothek von Beweisen für diesen Satz. Für uns ist die naheliegende Verschiedenheit von germanischem und römischem Denken — einem wesentlich universal-synthetischen und einem wesentlich partikulär-analythischen Denken[109]) — durch die Reception zur bittersten Wirklichkeit geworden. Noch heute tragen wir die Last antiker römischer Begriffe in unserem Recht herum und die Rechtsgeschichte seit dem Einsetzen der Reception ist eine

Das Recht als Spiegel seiner Schöpfer.

Die Bibliothek der Beweise.

[106]) Beteiligung von Kennern und Sachverständigen macht es außerdem (Reichswirtschaftsrat!) teilweise wieder mehr zur Volkssache und nimmt das Schwergewicht aus dem Parlament.

Anm. [107]) Spengler Untergang Bd. II S. 74.

Anm. [108]) Wertheimer, Weltwirtschaftliches Archiv XIV, S. 515; Karplus, Handbuch des englischen Privatrechts, weist nach, daß das englische Recht sich seine Weltstellung durch die sach- und zeitgemäße Fortentwicklung germanischer Rechtsgedanken errungen hat. Ebenso Wertheimer, Entwicklungstendenzen, S. 17. Ebenso Spengler, Untergang Bd. II, S. 88.

Anm. [109]) Binder, Rechtsphilosophie S. 1045; Natorp, Die Weltalter des Geistes; derselbe, Die Seele des Deutschen; ferner Wilh. Wundt, Die Nationen und ihre Philosophie.

einzige Auseinandersetzung der deutschen Seele mit der analythischen Mechanik des römischen Denkens. In unserem eigenen Recht finden wir die Ausprägung einer so ausgesprochenen inneren Eigenart, daß, wer nicht vom Volk auf das Recht, von diesem Recht auf das Volk und seine wesentlichen Züge schließen kann.

Gestalt gebende Energien des alten deutschen Rechtes.

Versuchen wir daher das frühe deusche Recht, das Recht der klassischen Zeiten des 13. und 14. Jahrhunderts, auf seine letzte gestaltgebende Kraft, auf den Generalnenner aller seiner Einzelfiguren zurückzuführen, so finden wir diese schöpferische innere Kraft in dem großen gestaltenden Lebensprinzip des germanischen und mittelalterlichen deutschen Lebens, in dem Gemeinschaftsgefühl und der lebendigen Verbundenheit durch die Gemeinschaft. Von hier aus läßt sich beinahe alles im deutschen Leben und Recht begreifen. Von hier steigen alle seine Formen und Kräfte auf, hierein münden und fallen sie zurück. Die Einheit des Lebens, die innerliche organische Verbindung der Einzelnen, deren „Leben nur Wert hat als Glied eines Verbandes“[110]), das Recht erlebt und empfunden als die einheitliche Ordnung dieses Lebens — aus dem Kern einer solchen Auffassung des Daseins wächst die Lagerung des Lebens in immer breiteren Ringen, in den Kreisen kleiner und großer Verbände fort. Der äußere Aufbau steigt von der Familie, zu Sippe, Gemeinde, Stamm bis zum Volksganzen[111]). Die innerlich bindende Kraft heißt Treue, Dienst und Pflicht an der Gesamtheit. So ist auch die Stellung und Größe des Einzelnen bedingt durch seine Umschlossenheit und Verwurzelung in der Gemeinschaft. Seine Stärke ist nicht isolierte, sondern gebundene Kraft. Die Richtungen des Lebens wirken aufeinander zu, sie arbeiten füreinander, sie liegen ineinander.

Einheit von öffentlichem u. privatem Recht.

Einem solchen einheitlichen Begreifen des Lebens mußte die Einheit von öffentlichem und privatem Recht selbstverständlich sein. Beide Sphären gehen überall unscheidbar ineinander über. Am privaten Grund und Boden des Einzelnen haften öffentlich-rechtliche Pflichten wie Gerichts- und Heeresdienste. Die scharfe Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht beginnt für uns erst mit der Reception. Der Sachsenspiegel wußte nichts von ihr und dem englischen Recht ist sie noch heute unbekannt[112]).

Anm. [110]) Fehr, Recht und Wirklichkeit, S. 94.
Anm. [111]) Oppikofer, Unternehmensrecht, S. 102 ff.
Anm. [112]) Weiteres in Anm. 125, 128.

Am bedeutsamsten offenbart sich die Tiefe und der Reichtum des Gemeinschaftsgedankens in der Entwicklung der sogenannten deutschrechtlichen Genossenschaften. Das mittelalterliche Recht ist erfüllt von den mannigfachsten rechtlichen Gemeinschaftsformen. Neben Rechtsfiguren, die sich als ausgesprochene juristische Personen darstellen, wie Dorf- und Stadtgemeinden, Innungen, Gilden, Zünfte und Stiftungen[113]), entwickelte es jene merkwürdige Zwischenbildung zwischen communio und universitas im römischen Sinne, eben die Genossenschaft, deren Wesen in gemeinsamer Berechtigung, in gemeinsamem Handeln, in gemeinsamem Eigentum aller Beteiligten besteht. Sie treten in der Form von Ganerbschaften, Gesamtbelehnung, Erbverbrüderungen, ehelichen Gütergemeinschaften überall auf.

Genossenschaftlicher Gedanke.

Die gleiche gegenseitige seelische und geistige Verbundenheit wie hier wirkt sich ferner mit plastischer Eindringlichkeit beim Ausbau des Eigentums als Gebundenheit im Allgemeininteresse und als Pflicht sozialer Ausübung der mit dem Eigentum verknüpften Rechte aus. Der Pflichtgedanke, nichts anderes als die natürliche Folge und Umkehrung des Berechtigungsgedankens innerhalb des Ganzen erfüllt und durchzieht überall den Inhalt des Eigentums. Dem Recht am Grund und Boden entspricht die Aufgabe, das anvertraute Gut zu nutzen und zu bearbeiten. Wer „Nutz und Gelte" hat, nimmt eine bevorzugte Stellung im Prozeß ein. Rücksichten vielerlei Art — auf die Familie, die Sippe, den Verband, den Staat — schränken die Gebrauchs-, Nutzungs-, Verwendungs- und Verfügungsrechte am Eigentum innerlich ein und gehören zu seinem naturgegebenen Wesen. Die enge Querverbindung zwischen den Volksgenossen, wiederum ringförmig verlaufend, prägt sich in der Eigentumsordnung besonders in allen den Rechtssätzen aus, die eine Erhaltung der in gewissen Kreisen befindlichen Güter bewirken und ihren Übergang in fremde Hände verhindern sollen[114]). Hier öffnet sich die ganze Fülle der sogenannten Retrakt-, Näher-, Abtreibsrechte oder Losungen. Vom Lehnsretrakt, der dem Lehnsherren und Agnaten die actio

Der Eigentumsbegriff.

Anm. [113]) Dazu Heilfron, Dt. Rechtsgeschichte, S. 310 ff. und für die allgemeine Rolle und Bedeutung des Genossenschaftsgedankens im gesamten mittelalterlichen Leben besonders O. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, I.: Rechtsgeschichte d. Dt. Genossenschaft.

Anm. [114]) Heilfron a.a.O. S. 330 ff.

revocatoria verlieh, über die Mark-, Nachbar-, Teil- und Genossenlosung bis zum Beispruchsrecht der Anerben führen die Fäden wechselseitiger Bindung und inniger Beziehung hin und her. Anschaulicher, als durch die Gegenüberhaltung dieses Eigentumsbegriffes mit dem klassischen römischen Eigentum kann die Verschiedenheit der Denk- und Lebensprinzipien zweier Völker und Kulturen kaum gezeichnet werden. Das Wesen des römischen Eigentums[115]) war reinste Sachherrschaft. Es war der rechtlich verlängerte Egoismus des isoliert gesehenen Individuums. Da das römische Leben und Denken die Einzelperson und den Staat, jedes als eine Welt für sich betrachtete, da beide als souveräne, einseitig gegeneinander verwirklichte Prinzipien, jus singulorum, jus populi — die zentralen Achsen der römischen Rechtsgeschichte bilden[116]), deren Verbindung in den Aufgaben der gemeinsamen Ziele nicht als natürliche Gemeinschaft sondern als eine Art stillschweigender Staatsvertrag gedacht werden muß, da infolgedessen der ganze Gemeinschaftsbegriff der deutschen Welt diesem Denken vollkommen fehlte, so mußte auch der individuell erfaßte Inhalt des Eigentums grundsätzlich ohne soziale Schranke sein. Er war nicht am Wohl der Gesamtheit orientiert und nicht unmittelbar mit ihm verknüpft, sondern er war auf den „sacro egoismo" des Einzelnen gerichtet[117]). Noch heute zeigen seine späten Ableger alle Grundzüge seines Ursprunges: der Artikel 544 des Code Civil definiert das Eigentum als „le droit de jouir et disposer des choses de

im Gegensatz zum römischen Recht.

Anm. [115]) Wohl gab es auch im römischen Eigentum Beschränkungen, wie Nachbarrechte und Ansätze zur Nutzungspflicht von Grundstücken — wie die durch Valentinian, Theodosius und Arkadius erlassene Konstitution um 390 n. Chr. also schon in christlicher Zeit, beweist. Vgl. hierzu Leopold Wenger, Zum Zivilrecht Sowjetrußlands, in Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. XX (1926) S. 31 ff. Aber seinem Wesen waren derartige Beschränkungen fremd. Sie kamen von außen.

Anm. [116]) Vgl. hierzu Otto Gierke, Die sozialen Aufgaben des Privatrechts, S. 6.

Anm. [117]) Wie s a c r a l der Eigentumsbegriff war, beweist ein kleiner aber höchst charakteristischer Zug des alten römischen Rechts: dort war der Sparsamkeitssinn und die Hochachtung vor dem Eigentum, die in jedem römischen Bürger lebte (Bauernrecht!) so sehr berücksichtigt, daß es gestattete, einen beim Eigentumsfrevel gefaßten Dieb zum Sklaven zu machen, ihn bei Widerstand sogar zu töten! Als Sühne für eine Ohrfeige dagegen beruhigte sich derselbe Bürger mit einer Summe von 25 As! — ein Schimpf, der im germanischen Recht der gleichen Zeit nur mit der Waffe wieder gutgemacht werden konnte. Vgl. Ihering, Kampf, S. 36.

la manière la plus absolue". Und so konnte der römische Bürger, wenn er wollte, seine Sklaven töten wie Vieh und seine Latifundien zu pontinischen Sümpfen verwildern lassen.

Entsprechung der Rechte durch Pflichten.

Das deutsche Recht dagegen konnte den Menschen nirgends anders als in seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft erfassen. Daher enthalten alle Rechte des Einzelnen gleichsam schon die Rechte der Anderen und der Gemeinschaft in sich. Daher sind sie von Pflichten durchdrungen und gelten nur in der Erfüllung pflichtgemäßer Ausübung[118]). Das zeigt sich besonders charakteristisch in der Stellung des Familienoberhauptes zu Frau, Kindern und Hausgesinde, wo seine Macht die umfassendsten Pflichten zu Schutz und Fürsorge bedingte, und noch deutlicher im Lehnswesen, wo Rechte nur als materielle Grundlage von Diensten verliehen wurden[119]).

Dynamik des alten Rechts.

Und schließlich entspringt ein letzter wesentlicher Zug des deutschen Rechts unmittelbar aus der lebendigen Verwirklichung des Gemeinschaftsgedankens, der dynamische Zug. Daß das alte deutsche Recht in seinen Grundbegriffen zum größten Teil dynamisch dachte, d. h. daß es die Betonung auf die Kräfte, die Energien, die Wirkungen statt auf die bloßen Substanzwerte legte, ist im Schrifttum bereits angedeutet und teilweise auch nachgewiesen worden[120]). An dem im Mittelpunkt des alten Sachenrechts stehenden Begriff der „Gewere", der weder Eigentum noch Besitz, sondern Beziehung, „letztliche Zuständigkeit einer Person zu einem Rechtsgut"[121]) ist — an dem im Mittelpunkt des Schuldrechts stehenden deutschen Prinzip der Erfolgshaftung, das an die Wirkungen der Tat statt an das Verschulden anknüpft[122]), und an der funktionalen Einteilung der Klagen — um Geld, um liegendes Gut, um fahrende Habe — hat man den dynamischen Charakter, die dynamische Wertung des deutschen Rechtes erkannt. Man hat jedoch unseres Wissens im Schrifttum nirgends nach dem tieferen Grund, nach der Notwendigkeit dafür gesucht, warum das alte Recht

Anm. [118]) Wertheimer a.a.O. S. 29/30; Radbruch, Mensch im Recht S. 6 ff.

Anm. [119]) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie S. 125.

Anm. [120]) Z. B. Fehr, Statistisches und Dynamisches Recht, S. 267; derselbe, Recht und Wirklichkeit, S. 101 ff; ferner Oppikofer, Das Unternehmensrecht; auch Rintelen, Deutsches und römisches Schuldrecht.

Anm. [121]) Oppikofer a.a.O. S. 142.

Anm. [122]) Rintelen a.a.O. S. 37; ebenso Fehr, Recht und Wirklichkeit S. 103.

Dynamik als typische Gemeinschaftswertung.

dynamisch sein m u ß t e. Und doch folgt die Dynamik des deutschen Rechtes, wie seine Auffassung vom Eigentum, von der Ergänzung der Rechte durch Pflichten, von der genossenschaftlichen Struktur des Rechtslebens, ebenfalls zwingend aus seiner sozialen Einstellung, aus der zentralen Sinngebung aller Formen durch den Gemeinschaftsgedanken. Denn worin besteht für die Gemeinschaft der t y p i s c h e Wert der Dinge und der Menschen? Beides hat seinen Bestand und sein Dasein nur in und aus dem Verband. Als Einzelerscheinung, gesättigt in sich ruhend, als Lage und Substanz ist es in einem Lebensraum, in dem alle Linien zu einer Mitte streben, ohne Bedeutung. Die Gemeinschaft an sich ist ein magnetischer Begriff[122]), der aus den Dingen und den Menschen die ihr wichtigen Kräfte anzieht und sie nach dem Maß und der Stärke dieser Kräfte, Funktionen, Energien und Leistungen mißt. Der Wert, auf den alles bezogen wird, ist daher die W i r k u n g. Nicht die bloße Substanz — ein Mann, ein Haus, ein Acker — interessiert, sondern das, was damit gemacht werden kann, was in diesen sichtbaren Formen und inneren Kräften steckt und was als Leistung aus ihnen herausgeholt werden kann. Es wird m. a. W. nach der Leistungsfähigkeit gefragt, und an die Funktion angeknüpft. Die Substanz selbst ist nichts anderes als der gegenständliche Träger dieser Energien.

Es ist daher kein Zufall, sondern ein mit Notwendigkeit folgendes Prinzip, wenn eine Sozialwertung des Lebens, wie sie im deutschen Mittelalter bestand, die Stellung des Einzelnen und den Wert der Dinge nach der Ausstrahlung ihrer Kräfte, Fähigkeiten, Leistungen und Dienste für die Gemeinschaft beurteilt. Jede Anschauung des Lebens, die das Wesentliche in der Wirkung und in der Spannung von Kräften sieht, muß zwangsläufig in allen Beziehungen dynamisch werten, sie muß ein durch und durch dynamisch denkendes Recht hervorbringen. So trägt das alte Leben als innere Gestaltungsquelle den Charakter zusammenwirkender Energien, die alle in der

---

Anm. [123]) Ihr Dasein ist Zusammenknüpfung von Einzelleben zu überpersönlichem Schicksal. Als Lage, d. h. statisch betrachtet, zerfällt diese Einheit sofort in die Summe der Einzelleben. Das ist jedoch nur eine juristische Momentaufnahme. Reiht man auch nur zwei solcher Aufnahmen aneinander, so gelangt man zwangsläufig zu einer dynamischen Einsicht und zum Wesen: Bewegung, Durchdringung, Wirkung, Verwandlung, — Smend, Verfassung und Verfassungsrecht. S. 18, hat diesen Vorgang für d. Staatsleben als „Integration" charakterisiert.

Gemeinschaft zu höherer Einheit zusammenströmen und sich im Recht als dynamische Rechtsfiguren ausdrücken.

Aus diesen wenigen aber wesentlichen Zügen des frühen deutschen Rechts leuchtet unverkennbar, abgelöst von Zeitbedingtheiten, gereinigt von Einzelheiten, das Bild einer einzigartigen Eigentümlichkeit, das Antlitz eines deutlichen Charakters heraus. Die Lichter und Schatten in diesem Bilde werden umso klarer, je mehr man sie mit dem Abbild anderer Rechte — z. B. des römischen — vergleicht. Versteht man unter Charakter den Bestand gewisser Eigenschaften in der Dauer, eine sich gleichbleibende Art des Reagierens gegenüber verschiedenartigen inneren oder äußeren Einflüssen und Widerständen, so müßte man den Charakter des frühen Rechts als Gestaltungs- und Lebensprinzip unseres Rechts überhaupt für erwiesen halten, — wenn sich aufzeigen ließe, daß unserem heutigen deutschen Recht dieselben oder ähnliche Wesenszüge zugrunde liegen wie dem alten Recht. Denn der Bestand oder die Erhaltung dieser Eigenschaften über einen Zeitraum von rund 600 Jahren könnte dann kein Zufall mehr sein. Wir hätten dann vielmehr jene letzten gestaltgebenden Kräfte gefunden, die ihren Wert und ihre Notwendigkeit durch ihre Dauer und ihre schöpferische Funktion dargetan hätten. Und in der Tat — dieser erstaunliche Nachweis läßt sich erbringen. Im modernen deutschen Recht sind die gleichen Züge wahrnehmbar, die das frühe deutsche Recht bestimmt haben. Zwar ringen sie noch überall nach Ausdruck und endgültiger Gestalt. Zwar liegen sie noch überall im Kampf mit jener Injektion fremder Begriffs- und Gedankengüter, die das deutsche Recht durch die Reception und der Gemeinschaftsgedanke durch den Individualismus mit allen seinen Folgen geistiger, politischer, kultureller Art empfangen hat. Aber schon füllt sich der Horizont des Rechts mit deutlichen Zeichen seiner zukünftigen Gestaltung. Die fremden Merkmale, das Danaergeschenk des römischen Rechts vor allem, sind durch Einbeziehung und Umgestaltung schon teilweise ausgeglichen oder überwunden und mit langsamer aber starker Nachdrücklichkeit treten immer klarer die wesentlichen Züge des deutschen Rechts wieder vor. Sie erstehen, modeliert durch die Formen und Werte des neuen Lebens, verschoben und geformt durch die Zwänge der veränderten Wirtschaft, neu in einem anderen Parallellogramm der Kräfte, aber in ihrem Wesen zeigen sie eine erstaunliche Treue zu dem Charak-

Charaktereigenschaften.

ter des Volkes, das sich vor 600 Jahren sein Recht erschuf. Es ist vielleicht das wunderbarste Erlebnis des modernen Juristen, der die Geschichte seines Rechts kennt, an einer Entwicklung teilzunehmen, in der die Neubildung von Grundwerten ansetzt, die von einer tieferen Schicht aus den deutschen Lebensraum immer wieder befruchtet und gestaltet haben.

Das läßt sich Punkt für Punkt aufzeigen.

Wesenszüge des modernen Rechts.

In dem Wiedererwachen des Gemeinschaftsgefühls, das unsere Zeit erlebt, bricht die Anschauung immer stärker durch, daß das Individuum nicht isoliert im Rechtsraum steht, sondern daß es untrennbar mit dem Leben und dem Glück der Gesamtheit, des Staates, verknüpft ist[124]). Um diesen Gedanken herum wachsen die Fundamente eines sozialen Rechts empor, an dessen Ende die alte Idee der Einheit allen Rechts sichtbar wird[125]). Und so beginnt bereits die unmittelbare rechtliche und wirtschaftliche Gegenwart mit dem begrifflichen Dualismus von öffentlichem und privatem Recht aufzuräumen. Sie ignoriert ihn und sie verschiebt und verwischt unaufhaltsam die Grenzen, die die Jurisprudenz seit Justinian so sorgfältig aufgerichtet hat. Die riesenhaften Körper privatrechtlich erfaßter Rechtsgebilde insbesondere im Arbeits- und Wirtschaftsrecht — die großen Aktiengesellschaften, Konzerne, Banken, und Arbeiterorganisationen, wachsen automatisch in den öffentlich-rechtlichen Raum hinaus. Der Umfang dieser Unternehmen, von deren Aufstieg und Niedergang das Dasein und der Zusammenbruch, Sein oder Nichtsein von Millionen Existenzen, das Blühen und Versiegen ganzer Teile der Volkswirtschaft und des Staatslebens abhängt, verschiebt ihre rechtliche Basis ganz von selbst in die

Verwischung der Grenzen zwischen öffentlichem u. privatem Recht.

Anm. [124]) Binder, Rechtsphilosophie S. 271.

Anm. [125]) Auch Italien ist ganz bewußt zur Einheit allen Rechts, wenigstens des Rechtsganges zurückgekehrt (vgl. Ges. v. 20. III. 1865 u. 1; V. 1890). Bei uns hat die Trennung beider Rechtssphären konsequent erst etwa um 1871 begonnen und zwar mit der Ausbildung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit nach französischem Muster (Napoléon). Schon kurz darauf hat Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts S. 6 wörtlich prophezeit, daß wir zur Einheit des Rechtes zurückkehren würden. Über die Wiederbelebung der Idee bei Kelsen vgl. Anm. 128. Am deutlichsten drückt sich die Entwicklung praktisch im Arbeitsrecht aus, dessen Zugehörigkeit zu öffentlichem und privatem Recht nach h. M. geradezu sein Wesen ausmacht! Vgl. Kaskel a.a.O. S. 3 Anm. 2; Hueck-Nipperdey a.a.O. S. 6. Das hat bereits dazu geführt, die Unterscheidung ganz abzulehnen. So etwa Sinzheimer a.a.O. S. VI ff; ähnlich Matthaei, Grundriß d. Arbeitsrechts S. 8.

öffentliche Sphäre[126]). Eine Großbank, die 10 000 Angestellte hat und einen Teil des Volksvermögens verwaltet, eine Gewerkschaft, die 100 000 Mitglieder zählt und ihre wirschaftlichen Schicksale leitet, ein Konzern, der 250 000 Arbeiter beschäftigt und einen Industriezweig darstellt, verliert schon durch seine Reichweite den rein „bürgerlichen" Charakter, verläßt den privatrechtlichen Boden und wird zur gemeinsamen, zur öffentlichen Angelegenheit. So ist es nur eine konsequente aber verspätete Anerkennung dieser Entwicklung und ein kostspieliger Beweis für die Künstlichkeit und Lebensfremdheit der Trennung von öffentlichem und privatem Recht, wenn der Staat im Sommer 1931 die Stützung der zusammenbrechenden Banken, großer Betriebe und ganzer Wirtschaftszweige mit öffentlichen Geldern durchzuführen begann und wenn er jetzt Eingriffe in die Tarifhoheit vornimmt. Der Gedanke der Einheit allen Rechts ist übrigens schon im Schweizer ZGB bei der Gestaltung verschiedener Institute wie Verein, Eigentum, Familie, Vormundschaft, die mit öffentlich-rechtlichen Elementen durchsetzt und mit unter ihrem Gesichtspunkt geordnet sind, Vorbild gewesen[127]). In unserem Privatrecht findet er sich als Ansatz in der Reichsgerichtsrechtsprechung bei der Übertragung der Verschuldenshaftung (§§ 276, 278 BGB) und beim Ausbau der Verträge zugunsten Dritter (§ 328 BGB) auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse. Auch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, die dem Privatrecht, insbesondere der Eigentums- und Vertragsfreiheit durch

Großbanken, Gewerkschaften, Wirtschaftsunternehmen.

Anm. [126]) Zum Folgenden: Sombart, Zukunft des Kapitalismus, und für die Gewerkschaften: Kaskel a.a.O. S. 28, sowie Kandeler, Stellung der Berufsverbände, die u. a. aus der Anerkennung der Gewerkschaften durch Artikel 165 RV ihren öffentlich-rechtlichen Charakter ableiten. Dagegen und zum Einblick in diese Fragen vgl. Neumann, Politische und soziale Bedeutung d. arbeitsgerichtl. Rechtsprechung, insbes. S. 22 ff. Der Einbau der Gewerkschaften in die Staatsverfassung ist verwirklicht in Italien. Vgl. Heller, Europa u. d. Faschismus; Hirschberg, Neumeyer, Die italienischen Gewerkschaften insbes. S. 174 ff, woraus sich wertvolle Perspektiven für unsere zukünftige Rechtsgestaltung ergeben. Vgl. auch die interessante Schilderung der russischen Gewerkschaftsbildungen und ihrer Behandlung als rein politisches Zwangs- und Machtinstrument bei Feiler, Das Experiment des Bolschewismus, S. 146 ff und neuestens bei Seibert a.a.O. S. 268 ff (270 bis 272!).

Anm. [127]) Vgl. hierzu für den Verein Artikel 60 ff, für die Vormundschaft Art. 394/5 und 369—72; für das Eherecht Art. 169—71; ferner über das Erbrecht der Gemeinde oder des Kantons. Art. 460, 466; sämtlich Schweizer ZGB. Vgl. auch Rümelin, Das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch usw. S. 8, 10, 11, 15, 17, 18.

Enteignung, Sozialisierung (Art. 153, 155, 156 RV) und Tarifvertragsrecht drohen, sind charakteristisch für den Übergang zum Sozialrecht, für den rechtlichen Durchbruch des Gemeinschaftsgedankens. Denn die juristische Verwirklichung dieses Gedankens erfordert geradezu die Aufhebung der scharfen Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht: die soziale Auffassung geht von der gesellschaftlichen Verschiedenheit der Einzelnen aus, ihr Ziel ist die Versöhnung der Gegensätze. Sie sucht daher auch im Recht die soziale Macht oder Ohnmacht des Einzelnen durch Beschränkung oder Stützung auszugleichen. Da dies nur im Wege der Überordnung der Gemeinschaft über die Einzelnen, im Wege der „distributiven" Gerechtigkeit möglich ist, ersetzt sie das liberale Prinzip der Gleichheit durch das soziale Prinzip des Ausgleichs, die Selbsthilfe durch Hilfe der Gemeinschaft, durch Staatshilfe. Damit wird aber jedes private Rechtsverhältnis gleichzeitig zu einem gesellschaftlichen und das bedeutet, es wird privat- und öffentlich-rechtlich erfaßt. Daraus ergibt sich eine organische und natürliche Vermischung von öffentlicher und privater Sphäre, ein Vorgang, der sich im gegenwärtigen Rechtsleben überall anzeigt[128]).

Durchbruch des Gemeinschaftsgedankens.

Auch die Belebung des genossenschaftlichen Gedankens tritt in unserem heutigen Recht augenfällig in Erscheinung. Die vielfarbige Vereinigung und der Zusammenschluß einzelner Personen oder Betriebe zu Gewirkschaften, Arbeiterorganisationen, Genossenschaften, Berufs-, Betriebs- und Gesinnungsgemeinschaften wirtschaftlichen, politischen, weltanschaulichen Kolorits, nicht zuletzt die große Verdichtung vereinzelter Wirtschaftskörper zu Kartellen, Trusts, Conzernen und Syndikaten[129])

Fülle des Verbandslebens.

Anm. [128]) Das ist ja heute kein Geheimnis mehr. Von allen Seiten wird darauf hingewiesen; wir nennen aus der Fülle des Schrifttums hier nur Benkard, Vom Wachsen des öffentlichen Rechts, S. 2177 ff insbes. 2179 (in JW 1927); Wertheimer, Entwicklungstendenzen, S. 31; Geiler, Die wirtschaftliche Methode im Ges.-Recht, Gruch. 68 S. 609; Radbruch Rechtsphilosophie S. 125 u. V. m. Die alte Idee der Einheit allen Rechts, die dahinter steht, hat am eindrucksvollsten ihre Wiederbelebung erfahren durch die bekannte Lehre Kelsens und seiner Schule vom „Stufenaufbau" und der höheren Einheit allen Rechts. Hier wird die Trennung von öffentlichem und Privatrecht als wirkliche Gegensätze offen verworfen und nur als verschiedenes Mittel zur Erzeugung desselben „einheitlichen Rechtes" gesehen. Vgl. hierzu Kelsen, Staatsform als Rechtsform.

Anm. [129]) In diesen Bildungen rein wirtschaftlichen Charakters drückt sich dennoch die Tendenz zur Vergemeinschaftung deutlich aus. So auch Geiler, a.a.O. S. 603; und zutreffend Wertheimer, a.a.O. S. 44,

sind der Ausdruck des umfassenden Lebens in Verbänden, von denen der moderne Mensch ergriffen, genossenschaftlich gebunden und als Teil einer Gemeinschaft bewertet wird. Während die Familie als Wirtschafts- und Lebenseinheit unter dem zersetzenden Einfluß der modernen Wirtschaftsformen immer mehr zerfällt und die Auflösung des Haushalts als Urzelle des Gemeinschaftslebens unaufhaltsam vorwärtsschreitet[130]), nimmt das Verbandsleben außerhalb der Familie in steigendem Maße die Menschen auf und bietet ihnen einen Ersatz. Am bewußtesten ist diese Entwicklung im Recht Sowjetrußlands begriffen und durchgeführt. Dort ist die Ehe als soziales Gebilde aufgegeben. Sie ist streng individualistisch, fast formlos, und zwar als freier Privatvertrag im Sinne August Bebels „ohne Dazwischentreten eines Funktionärs" gestaltet. Als Ausgleich für ihren Verlust wird bewußt die Fülle des „außerehelichen" Verbandslebens in der Gemeinschaft betrachtet[131]). Obwohl in Deutschland die Rechtsformen für dieses Verbandsleben noch unentschlossen und unvollkommen sind, obwohl sie noch vorwiegend individualistisch werten und nur wenige Gesetze wie Kartell-, Tarif- und Schlichtungsordnungen sozialrechtlich das genossenschaftliche Element erfassen, beginnt sich doch die soziale Bewertung des Einzelnen als Glied eines Verbandes, als Teil der Gemeinschaft, die Rücksicht auf die Gesamtheit überall durchzusetzen. Die Tendenz äußert sich nicht nur negativ in Beschränkungen der privaten Vertrags-, Kündigungs-, Eigentums- und Preisfestsetzungsfreiheit, sondern auch positiv als Schutz der genossenschaftlich Verbundenen außerhalb des gesetzten Rechts z. B. der Arbeiterschaft als Partei der Tarifverträge. Ein Musterbeispiel für die Verwirklichung des Gemeinschaftsgedankens in diesem Sinne ist der § 10 der Kartellverordnung vom 2. November 1923. Das dort gegebene Recht eines Kontrahenten, der durch Ausbeutung von Machtstellung, unlautere Geschäftsbedingungen oder Preiszwang

Ablösung der russischen Ehe.

§ 10 Kartellverordnung.

Anm. 54: „Konzern, Trust binden nicht nur, sie vergemeinschaften auch, schaffen in jeweils bestimmter Form eine Gemeinsphäre, innerhalb deren die bisher getrennten, gegensätzlichen Interessen verschmolzen, vereinheitlicht werden; Aufhebung des Interessengegensatzes durch Bildung einer Erwerbsgemeinschaft."

Anm. [130]) Vgl. dazu Karl Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, S. 34, 133 ff.

Anm. [131]) Vgl. Freund, Zivilrecht der Sowjetunion, insoweit noch brauchbar. Im übrigen ist die Studie größtenteils überholt. Siehe ferner Feiler a.a.O. S. 170, 233 ff und Seibert a.a.O. Kap. 9 „Staat und Familie" S. 120—31.

benachteiligt ist, von a l l e n unter diesen Voraussetzungen geschlossenen Verträgen zurückzutreten, bedeutet im Grunde nichts anderes, als daß der Einzelne eine Lösung seiner privatwirtschaftlichen Bindungen durch Beziehung auf die Interessen der Allgemeinschaft herbeiführen kann[132]). Die rechtliche Bewertung des Einzelnen als Glied eines Verbandes, die Anerkennung der Arbeiterschaft eines Wirtschaftsunternehmens als soziologische Einheit ist ferner durch das berühmte Urteil des Reichsgerichts in RGZ 106, 272/5 erfolgt. Bekannt unter dem Stichwort „Annahmeverzug oder Unmöglichkeit der Leistung", setzt sich die vielbesprochene Entscheidung über den Wortsinn des Gesetzes hinweg und sieht in der Arbeiterschaft eines Industriewerkes, das durch Teilstreik vollständig lahmgelegt ist, keine Einzelpersonen, sondern eine einheitliche Betriebsgemeinschaft. Und sogar dort, wo man es am wenigsten erwartet, hinter der Rechtsfassade der Aktiengesellschaft, die als Oase der privaten Gewinnsucht ganz für die Bereicherung des Einzelaktionärs angelegt worden ist, beginnt sich der Gemeinschaftsgedanke in abgewandelter Form zu zeigen. Dort wird das Aktionärinteresse bereits in der Praxis, im Schrifttum und in der Rechtsprechung vielfach durchkreuzt und zurückgestellt von dem sogenannten „Interesse des Unternehmens als solchen". Das Unternehmen an sich. die Stabilität und Sicherung seines Fortbestehens wird im Wege einer bewußten „Entpersönlichung" den Interessen des Einzelaktionärs übergeordnet[133]). Damit aber dringt der Keil sozialer Rücksicht auf die Gesamtwirtschaft und auf die Allgemeinheit auch in den Kern dieses Rechtsgebildes ein. das wie kein zweites von seinen Schöpfern dazu aus-

„Annahmeverzug oder Unmöglichkeit der Leistung."

Das Unternehmen an sich.

Anm. [132]) Wertheimer a.a.O. S. 36.

Anm. [133]) Grundlegend das Werk des Wirtschaftspolitikers Keynes, Das Ende des Laissez-Faire usw. insbes. S. 32 ff, wo K. von der „Selbstsozialisierungstendenz" großer Unternehmungen und gleichzeitig von ihrer Annäherung an den Typ einer öffentlichen Korporation (!) spricht. Von der Bank von England z. B. sagt er, ihr Gouverneur denke bei seinen Dispositionen beinahe „an keine Gruppe im ganzen Königreich weniger als an seine Aktionäre"! Grundlegend ferner die große Zusammenfassung bei Haussmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, unter Einarbeitung der gesamten Literatur, früher bereits in „Die Aktienges. als „Unternehmen an sich", in JW 27 S. 2953. Ferner Geiler, Die wirtschaftliche Methode i. Ges-Recht S. 612 ff; Sodann Wertheimer a.a.O. S. 34 ff; früher bereits Rathenau, Vom Aktienwesen. Derselbe Gedanke tauchte auf bei der Reform des Schweizer Aktienrechts. Hierzu Wertheimer, Die Reform des schweizerischen Aktienrechts S. 56 ff (Bl. f. Intern. Privatr. 1926).

ersehen war dem ausschließlichen und rücksichtslosesten Vorteil einzelner Weniger zu dienen.

Am überraschendsten jedoch ist die Rückkehr des Eigentums zu der sozialen Gestalt seiner Ursprünge im frühen deutschen Recht. Nachdem es für lange Zeit an den Individualismus verloren gegangen war und in der Erklärung der Menschenrechte von 1789 seine Apotheose als „unverletzliches und heiliges" Gut des Menschengeschlechts gefeiert hat, ist es inzwischen wieder bescheidener geworden und hat viel von dem strahlenden Glanz des Naturrechts verloren. Seit der Zeit nach dem Kriege ist jener strenge und ernste Zug in sein Wesen getreten, der Grad von Verpflichtung, den es schon im alten Recht getragen hat. Sein Besitz berechtigt nicht mehr ausschließlich, sondern verpflichtet wieder — wie die Reichsverfassung sagt — und sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste. (RV Art. 153 III). Darin liegt eine zwar noch nicht ideal durchgebildete, aber den Wesensmerkmalen des frühen Rechts aufs glücklichste angenäherte Synthese von individualistischer und sozialer Eigentumsauffassung[134]). Das Eigentum steht somit weder ausschließlich im Dienst der Einzelnen, wie es dem Gedanken des Liberalismus und der Demokratie entspricht, noch ausschließlich im Dienst der Gesellschaft, wie es die soziale und die konservative Anschauung erfordert[135]). Zu dieser Zwischenlösung hat die Entwicklung der Wirtschaft viel beigetragen. Sie hat vor allem in dauerndem Wandel die soziologischen Grundlagen, die tatsächlich-äußeren und damit die rechtsphilosophisch-inneren Voraussetzungen zerstört, auf denen die rein individualistisch orien-

Eigentum als Pflicht.

Die Unterminierung des Gewährleistungsvertrages.

Anm. [134]) Diese Unterscheidung stammt ursprünglich von Ihering, Zweck im Recht, Bd. I S. 404 ff. Sie ist heute allgemein gebräuchlich. Wir vermögen Fehr, Recht und Wirklichkeit S. 114 nicht zuzustimmen, wenn er behauptet, daß die Überwindung des naturrechtlichen Eigentumsbegriffes und die Regelung in Art. 153 RV. der Volksüberzeugung widerspreche. Diese Rechtsüberzeugung, so meint er, „bekundet und bestätigt in tausend Äußerungen, ruht überwiegend auf dem Boden der Menschenrechte von 1789" — 1000 Äußerungen für die Menschenrechte hinsichtlich des Eigentums? Wir zweifeln. Schließlich hat sich das „deutsche Volk einig in seinen Stämmen diese Verfassung" — und auch den Art. 153 — gegeben. Die ganze Rechtsentwicklung seit 1919, der ausgiebige Gebrauch der Sozialisierung des Eigentums scheinen deutlich die Abkehr des Volkes von dem individualistischen Eigentum zu beweisen. Vgl. ferner dazu die unten folgenden soziologischen Begründungen für unsere Behauptung.

Anm. [135]) Hierzu und zum Folgenden: Die vorzüglichen Ausführungen von Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 132 ff, die für unsere Darstellung grundlegend waren.

tierte Eigentumsordnung ruht. Die individualistische Eigentumstheorie setzt ähnlich wie für ihre Staatstheorie den Gesellschaftsvertrag für das Eigentum einen stillschweigenden Gewährleistungsvertrag voraus. Dieser wiederum ist sinnvoll nur denkbar, wenn in der auf Privateigentum begründeten Wirtschaftsordnung ein Gesellschaftszustand von lauter kleinen annähernd gleichgroßen Eigentümern besteht, die an der Erhaltung dieses Zustandes alle dasselbe Interesse haben. Indem aber die moderne Wirtschaft zur Entstehung einer Klasse geführt hat, die eigentumslos ist, zerstört sie den Zustand der etwa gleichen Eigentümer und schafft eine große Gruppe von Menschen, die an der Anerkennung des Eigentumsrechtes k e i n Interesse mehr hat[136]). Noch klarer werden diese Zusammenhänge hinter den Kulissen der Rechtsordnung in einem individualistisch gestalteten E r b r e c h t — wie es vorwiegend noch im BGB herrscht: dort ist die Erblichkeit des Reichtums der Einen tatsächlich die Erblichkeit der Armut der Anderen, nämlich der Nichtbesitzenden, die daher ganz folgerichtig die Anerkennung dieses Erbrechtes verweigern[137]). Für das Eigentum aber bedeutet diese innere Konstellation, solange sich die widerstreitenden Kräfte einigermaßen die Waage halten, den Einstrom einer sozialen Schicht in seine individualistische Grundbahn. Die Reichsverfassung löst die Frage — übrigens genau wie die Enzyklika „Quadragesimo anno" — durch eine Zerlegung des Eigentumfeldes. Sie gewährleistet das Recht selbst individualistisch, bindet jedoch seinen Gebrauch sozial und sichert eine derartige Ausübung durch elastische Drohungen der Entziehung und Enteignung. Und so hat das moderne Eigentum — ähnlich die Bodenbearbeitungspflicht in Artikel 155 III RV — wieder den alten Grundzug in sich aufgenommen, der den Rechten Pflichten entsprechen ließ und die Macht des Einzelnen zugleich zum Dienst an der Gesamtheit beugte.

Die Idee sozialer Verpflichtung ist schließlich mit dem d y n a m i s c h e n Gedanken, dessen Auffindung im modernen Leben wir nunmehr versuchen wollen, auf das Engste verknüpft. Beide Prinzipien begegnen sich auf der Ebene der Wertbeziehung des Daseins auf die Gemeinschaft. Unsere These, entwickelt aus der Dynamik des alten Rechts, lautete: die dynamische Denkform ist für einen

Anm. [136]) Paschukanis, Allgem. Rechtslehre u. Marxismus, S. 102 ff.

Anm. [137]) Vgl. Rathenau, Von kommenden Dingen, S. 129; ferner Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen.

sozialen Lebens- und Rechtsaufbau die eigentliche und entsprechende Wertung. Wir fügen hinzu: die Pflichtidee als Entsprechung der Rechte ist der eigentliche und entsprechende Ausdruck dieser Wertung. Daraus folgt: der Gemeinschaftsgedanke wird durch eine dynamische Erfassung des Rechs- und Lebensstoffes am idealsten verwirklicht.

Moderne Dynamik als Ausdruck des sozialen Gedankens.

Setzt man zum Beweis das Eigentum gleichzeitig der sozialen und der dynamischen Durchstrahlung aus, so leuchtet darin am reinsten die Richtigkeit dieses unseres Kausalgesetzes auf. Die dynamische Auffassung sieht das Eigentum als einen Knotenpunkt von wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Beziehungen, Kräften und Funktionen. Sichtbar und praktisch werden diese Funktionen im Rechtsleben durch die Art der Verwendung einer Sache im allgemeinen Lebensraum. Das wesentliche Wertverhältnis der Gemeinschaft zu den Dingen besteht gleichfalls in ihrer Verwendungsmöglichkeit zu sozialem Gebrauch und in ihrer Fähigkeit zur Leistung von Diensten. Worauf es der Gesellschaft im Eigentum ankommt ist m. a. W. seine Kraft zur Erfüllung sozialer Aufgaben. Da stets nach Nutzen und Zweck für das Ganze gefragt wird, so haben die Gegenstände nur als Träger sozialer Energien und zwar von der in den Gegenständen anvertrauten Berechtigung aus betrachtet, als Träger sozialer Verpflichtungen Belang. Schon die Eigentumsregelung der Reichsverfassung, die wir soeben besprochen haben, ist ein schlagender Beweis. Der Artikel 153 interessiert sich bezeichnenderweise für den Sachwert selbst sozial überhaupt nicht. Er überläßt ihn ruhig dem Individualismus als „egoistisches" Eigentum. In dem richtigen Gefühl der sozial allein wichtigen Nutz- und Leistungsfähigkeit einer Sache greift der Artikel vielmehr instiktiv aus dem Eigentum nur seine dynamische Seite, nämlich die Art der Verwendung d. h. den Gebrauch heraus und beschlagnahmt nur ihn im Interesse der Allgemeinheit. Denken wir diesen Gedanken noch weiter: würde man das statische Moment im Eigentum ganz verflüchtigen, so müßte man notwendig mit der reinen dynamischen Auffassung zu einem vollständigen Aufgehen der Sachwerte in der sozialen Pflichtidee gelangen. Denn wenn das Eigentum lediglich als eine Funktion dessen, der Vermögen hat, betrachtet wird und der Staat es dem Einzelnen in diesem Sinne darbietet, so muß seine Funktion vor allem den Gebrauch „zum gemeinen Besten" als

insbesondere beim Eigentum.

Inhalt haben. Tatsächlich sind diese Konsequenzen, allerdings ohne die grundlegende Erkenntnis der sie miteinander verknüpfenden Kausalität, theoretisch in der dynamischen französischen Rechtslehre[138]) und praktisch im Recht Sowjetrußlands gezogen worden. Eine illustrative Skizze zeigt das neue russische Zivilrecht[139]) als reines Kollektivrecht. Gleichzeitig hat die Eigentumsordnung das statische Element vollkommen ausgeschieden und ist besonders in der Praxis der Gerichte ganz zur Dynamik übergegangen[140]). Nach dem Gesetz gibt es kein privates Grundeigentum mehr. Aller Boden und was mit ihm zusammenhängt ist Eigentum des Staates. Er steht außerhalb des Privatverkehrs. (Art. 21, 53 neues ZGB.) An Landgrundstücken gibt es nur Nutzungsrechte. Sie sind unbegrenzt und sogar vererblich, aber in bestimmten Fällen staatlich wieder entziehbar. Das Privateigentum ist auf ein Existenzminimum unentbehrlicher Dinge eingegrenzt. Besitz, Nutzung und Verfügung der Sache werden hier in gewissem Umfange gewährleistet. (Art. 54, 58 ZGB). Alles in dieser Eigentumsordnung, selbst das kleine Feld des Einzeleigentums, wird beherrscht von den dynamischen Wertungen: Wirkung und Zweck. Daher ist die wesentliche Beziehung zwischen Person und Sache nicht mehr das Zueigenhaben, sondern das tatsächliche und zwar tätige Innehaben. Nicht der Titel allein, sondern vor allem die Dichte der wirtschaftlichen Kräfte und Beziehungen zur Sache, die auf sie tatsächlich verwandten Energien geben den Ausschlag für das Recht, lassen es entstehen und erlöschen[141]). Daher bewegt sich das russische Sachenrecht nicht eigentlich um das Eigentum, sondern genau

Im russischen Recht.

Das werktätige Verhältnis zur Sache".

Anm. [138]) Der Vertreter dieser Richtung ist Léon Duguit in Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. Aber weder er noch Fehr (a.a.O. S. 115 ff) noch Bott-Bodenhausen a.a.O. dringen bis zu der Einsicht der kausalen Zusammenhänge vor. Statt im Verhältnis einer Auseinanderfolge werden dynamische und soziale Bewertung immer nur im Verhältnis eines mehr oder weniger zufälligen Nebeneinandersetzens behandelt. Dabei liegt die Kausalität zwischen den beiden Prinzipien überall geradezu zum Greifen nahe! Die Einfachheit des Gedankens ist vielleicht nicht der schlechteste Beweis seiner Wahrheit.

Anm. [139]) Vgl. für Einzelheiten die Studien Wengers, Zum Zivilrecht Sowjetrußlands, und Zaitzeffs, Das Eigentumsrecht im Sowjetstaate.

Anm. [140]) Den erschöpfenden Nachweis liefert Kelmann in seiner vorzüglichen Arbeit „Die Entwicklung der Produktiven Kräfte als Grundidee des Sowjetrechts." Vgl. auch die gedrängte Darstellung bei Fehr a.a.O. S. 125 ff.

Anm. [141]) Kelmann a.a.O.

Anm. [142]) Passus aus einem bei Kelmann mitgeteilten Urteil des

wie im alten deutschen Recht um den werktätigen Besitz. Wer eine Sache, Mobilie oder Immobilie, hat und sie „im Sinne der produktiven Kräfte des Landes . . . . entsprechend ihrer sozialwirtschaftlichen Bestimmung gebraucht“[142]), wer wertsteigernde Verwendungen auf sie macht oder den Nachweis des „wirtschaftlich werktätigen Verhältnisses zur Sache“, nach dem überall gefragt wird[143]), erbringen kann, dem „gehört“ sie im Streitfalle, dem wird sie von den Gerichten zugesprochen. Das heißt aber: das Eigentum wird dem Einzelnen überhaupt nur noch als Funktion anvertraut, nämlich wenn und soweit er es im Sinne der Gesamtheit verwertet. Es ist zur reinen Funktion geworden. Ihr Inhalt lautet: soziale Pflicht! Daher kann man die Sache wenden und bezeichnen, wie man will — als „propriété capitaliste“[144]), als „Diensteigen“[145]) oder als „organisiertes Eigentum“[146]) — sie wird die von uns entwickelte Gesetzmäßigkeit nicht los.

So ist es schließlich nur bezeichnend und für uns der vielleicht wertvollste Beweis, daß sogar der den russischen Auffassungen diametral entgegengesetzte „aufgeklärte“ Kapitalismus Amerikas auf dem Wege einer geraden dynamischen Entwicklung des Eigentums, in erster Linie an den Produktionsmitteln, zur Verwirklichung seines kapitalistischen „Sozialismus“ schreitet. Bekanntlich sucht Amerika die soziale Hilfe nicht von außen durch den Staat, sondern von innen, vom Unternehmen, von der Wirtschaft her zu bringen. Das wirtschaftliche Unternehmen wird dort wie in Europa und weit mehr noch als eine Summe und Quelle von Kräften und Energien betrachtet, die auch entgegen dem Aktionärinteresse der Gesamtwirtschaft unter allen Umständen erhalten bleiben muß[147]. Das Unternehmen an sich, mithin eine dynamisch gedachte Wirtschafts- und Eigentumsgröße, soll als Grundlage der Arbeit stabil und dauerhaft sein. Dadurch und durch die finanzielle Beteiligung von Arbeitern und Angestellten am Werk, ein weiterer dynamischer Zug, dessen Verwirklichung im Wege gewöhnlicher Aktien-

„Aufgeklärter“ Kapitalismus.

Obersten Gerichtes der USSR Kelmann a.a.O. S. 496.

Anm. [143]) Vgl. die Entscheidungen des gleichen Gerichts vom 3. V., 2. und 9. XI. und 4. XII 1923, mitgeteilt von Zaitzeff a.a.O.

Anm. [144]) So Duguit a.a.O.

Anm. [145]) So Bott-Bodenhausen a.a.O. insbes. S. 155 ff. Die schwierige und eingehende Abhandlung dieses Verfassers ist übrigens für das rechtsdynamische Denken von grundlegender Bedeutung.

Anm. [146]) So Fehr a.a.O. S. 117/8.

Anm. [147]) Vgl. hierzu die auf Seite 117 Anm. 133 und in Anm. 150 der Arbeit zitierten Quellen.

ausgabe[148]) einen ungeheuren Umfang angenommen hat, soll das Unternehmen für das Volk als Ganzes arbeiten und in diesem Sinne stellt es sich in den Dienst des Ganzen. Hieraus erwächst die Gesinnung und die Aufgabenstellung der amerikanischen Wirtschaftsführer, wie Ford, Rockefeller und Andere sie verkünden, die es sich zur Pflicht machen, gleichsam als Organisatoren und Treuhänder des ihnen anvertrauten Eigentums[149]), durch Schaffung und Versorgung von Absatzmärkten und durch hohe Löhne immer wieder Käufer für die produzierten Güter zu schaffen und so den Kreislauf der Wirtschaft, von dem die Gesamtheit profitiert, im Fluß zu halten. Aus diesem Gemisch realer und ideeller Gesinnungen entspringen die Grundsätze der Stabilität des Unternehmens, der Arbeitsbeschaffungspflicht der Unternehmer und des sogenannten „social service", der Produktion als soziale Dienstleistung[150]). Und so führt auch in diesen Verhältnissen das dynamische auf das soziale Prinzip und umgekehrt, und auch hier taucht als typische Erscheinung der Pflichtgedanke unabweisbar auf.

Profit und „social service"

Ist demnach die Verankerung der dynamischen Wertung im sozialen Gedanken auch unbestreitbar, so darf man doch nicht übersehen[151]), daß sie unabhängig vom Gemeinschaftsgedanken ihre unmittelbare Zeichnung auf dem Grunde unseres modernen L e b e n s selbst findet. Während u. E. die Gesamtbezogenheit des Daseins im alten deutschen Recht und zum allergrößten Teil im

„Eigengesetzliche" Dynamik

Anm. [148]) Man hat zum Glück nicht das Experiment unveräußerlicher Arbeitsaktien wiederholt, wie es in Frankreich mit völligem Mißerfolg durch das Gesetz über die Société anonyme à participation ouvrière v. 26. IV. 1917 unternommen worden ist. vgl. dazu Greiner, Die AG mit Beteiligung der Arbeitnehmer. Amerika scheint dagegen mit seiner Methode der Arbeitnehmerbeteiligung großen Erfolg zu haben. Ford behauptet, daß seine Arbeiter 22 Millionen Dollar in seinem Unternehmen investiert haben. (Vgl. Ford. Das große Heute etc. S. 202, 253.) Weiteres Sach- und Zahlenmaterial bei den in Anm. 150 aufgeführten Schriftstellern.

Anm. [149]) „Nach unserer Auffassung ist Industrie in der Hauptsache eine Frage der Verwaltung, und Verwaltung und Führerschaft sind für uns genau das gleiche". Ford a.a.O. S. 126.

Anm. [150]) Dazu Beckerath, Rationelle Industriewirtschaft in den Vereinigten Staaten und in Deutschland. S. 24 ff; ferner treffende Erklärung des social service bei Bonn, Geld und Geist. S. 82! Siehe auch Geiler a.a.O. S. 612, wo die Abhandlung von Brooking, Die Demokratisierung der amerikanischen Wirtschaft besprochen und interpretiert wird. Außerdem Ford a.a.O. 43 ff, 63 ff, insbes. S. 190 ff, S. 284 ff.

Anm. [151]) In diesem Punkte ist u. E. auch Fehr a.a.O. S. 99 ff nicht klar. Fehr bringt die dynamische Bewertung nicht mit dem Gemeinschaftsgedanken in Verbindung, sondern sieht in ihr lediglich eine

modernen russischen Recht[152]) die Bildung funktionaler Begriffe und eine funktionale Erfassung der Lebensvorgänge nach sich gezogen hat, liegt das dynamische Prinzip heute als eine Art von Eigengesetzlichkeit des Stoffes, als tiefere Denk- und Lebensform im Wesen unseres ganzen wirtschaftlichen, technischen und gesellschaftlichen Daseins. Diesen dynamischen Charakter unserer Lebensführung hat bekanntlich Spengler[153]) als einen der wesentlichsten Gegensätze zu dem statischen Prinzip der antiken Lebenserfassung hervorgehoben und seine Auswirkung gerade am Recht entwickelt. Wenn er behauptet hat, daß in unserer heutigen Wertung Personen nicht mehr Körper, sondern „Einheiten der Kraft und des Willens, und Sachen nicht Körper, sondern Ziele, Mittel und Schöpfungen dieser Einheiten" sind, deren Beziehung zueinander die W i r k u n g ist, so war dieser Gedanke nicht nur richtig, sondern auch ungemein fruchtbar. Die Unterscheidung Statik / Dynamik ist heute nicht nur in der Rechtswissenschaft[154]), sondern auch in anderen Zweigen des Forschens, so in der Soziologie, Philosophie, Kunst- und Kulturgeschichte[155]) und in der Volkswirtschaft vollkommen gebräuchlich. Im Recht deutet sich die Dynamik des Lebens in gewissen unterirdischen Entwicklungen und in zahlreichen offenen Eigenwegen der Wirtschaft überall an, ein Vorgang, der das noch überwiegend statisch gebaute

besonders lebenswirkliche und lebensnahe Erfassungsweise der wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten. Im alten deutschen Recht sieht er daher die Ansätze zur Dynamik lediglich als erfreuliches Zeichen von „Wirklichkeitssinn." Dasselbe lobt er an der russischen Dynamik. Nach unserer Auffassung der Frage fehlt es jedoch an der scharfen Klarstellung und Begründung der Dynamik aus zwei ganz verschiedenen Prinzipien: dem sozialen Prinzip, das im alten Recht allein, und dem modernen Wirtschaftsprinzip, das mit dem sozialen zusammen im heutigen Recht die dynamische Wertung fordern.

Anm. [152]) Und zwar sehen wir die Übersteigerung des Gemeinschaftsgedankens in Rußland gerade als d i e Ursache für die Überspitzung des dynamischen Prinzips, das sich dort mit der „eigengesetzlichen" Dynamik überschneidet, im russichen Recht an.

Anm. [153]) Vgl. Spengler, Untergang II, S. 72 ff, insbes. S. 97/8. Ausbau und Einzelheiten dafür bei Alfred Müller, Statistisches u. dynamisches Recht, S. 529 ff.

Anm. [154]) Wie weit er schon in die Rechtswissenschaft eingedrungen ist, zeigt Glungler, Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung, S. 29 ff. Vgl. dort die Angabe der wesentlichen Schriftsteller und die Skizzierung ihres Standpunktes. Was dort fehlt bei Isay, Rechtsnorm u. Entscheidung S. 253 Anm. 7. Bemerkenswert auch die schon erwähnte Arbeit von Wurzel a.a.O.

Anm. [155]) So z. B. neuerdings bei Friedell, Kulturgeschichte der Neuzeit, Bd. II S. 476 ff, wo Goethe und Schiller in die Antithese Statiker-Dynamiker gestellt werden!

Unternehmen Kredit, Vermögen und Kundschaft.

Herrschaft der Obligationen.

Fundament unserer rechtlichen Grundbegriffe beständig aushöhlt und umformt. Schon bei der sozialen Durchleuchtung des Eigentums und in der Verselbständigungstendenz der wirtschaftlichen Unternehmungen haben wir Schritt für Schritt verfolgen können, wie eigenmächtig die Bildung dynamischer Wirtschafts- und Begriffseinheiten einsetzt. Gerade bei seiner Anlage als Unternehmen tritt das statische Moment im Eigentum vollkommen zurück vor dem als wesentlicher empfundenen Wert der Dauer und Einheit aller der strahlenförmig gebundenen und ausgesandten Energien, Kräfte, Beziehungen und Wirkungen, die das Unternehmen zur Lebenseinheit machen. Der Begriff selbst ist rein dynamisch. Denn — so fragt Fehr[156]) mit Recht — was ist ein Unternehmen, ein Handelsgeschäft? „Ist es das Haus? Sind es die Waren, die Maschinen, das Personal? Oder vielleicht der Barvorrat an Geld? Nichts davon. Das sind alles Zutaten, möglicherweise bedeutsam . . . . Aber das Wesen bilden sie nicht. Das Wesen des Handelsgeschäfts ist überwiegend dynamischer Art. Der Kredit, der gute Ruf, der Kundenkreis, die Geschäftsbeziehungen, die Verbandszugehörigkeit, der Glaube an den Inhaber, Patente, Lizenzen, Marken- und Urheberrecht machen das Handelsgeschäft aus . . . ." Weiter: Alle die Begriffe wie Kundschaft, Kredit, geschäftliches Vertrauen sind „unstofflich" und nur dynamisch erfaßbar. Sie sind substanziell gesehen „Imponderabilien" — als Kräfte gemessen und gewogen spielen sie aber eine ungeheuer praktische und zentrale Rolle in der Wirklichkeit des Wirtschastslebens. Ebenso unwesentlich ist der Substanzwert im Wertpapier, dem inoffiziellen Geld der Wirtschaft. Da ferner in einer kapitalistischen Ordnung, wie wir sie erleben, die Sachgüter in dauerndem Fluß sind und sein müssen, wandern sie unaufhörlich und mit steigender Beschleunigung von einem Forderungsrecht in das andere. „Ihr Ruhepunkt, ihr Aufenthalt im Sachenrecht kürzt sich immer mehr ab — noch der wirtschaftliche Endzustand, die Kapitalanlage, hat die Rechtsform des Forderungs- und Schuldverhältnisses"[157]). Denn das innere Gesetz des Handels, das Prinzip des Waren- und Güterumsatzes ist B e w e g u n g, die typische rechtliche Erfassung der Bewegung aber ist die O b l i g a t i o n. Infolgedessen beobachten wir eine immer breitere

Anm. [156]) Fehr a.a.O. S. 106/7.

Anm. [157]) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 141. Als Grundlage Darmstaedter, Sozialwirtschaftliche Theorie und soz. w. Praxis des kapitalistischen Zeitalters.

Ausdehnung des Schuldrechts, wir sehen sein Hineinwachsen in das Sachenrecht und ein Umschlingen der sachenrechtlichen Werte mit der endlosen Variation der Obligationen: Wechsel, Pfand- und Hypothekenrechte, Dividenden und Zinsscheine. Aktien und Anteilscheine aller Art. Vom Blickpunkt des Berechtigten aus rechtlich zusammengesehen, ergibt die Summe dieser Rechte nicht mehr Eigentum, sondern V e r m ö g e n — also einen ebenfalls dynamischen Rechenfaktor. Indem die Obligation in das Sachenrecht einbricht und dort um sich greift, bringt sie das Eigentum als körperliche Größe zum Einsturz. Sie löst es in ein Bündel von obligatorischen d. h. energetischen Strahlen auf. Sogar das Grundstück, die handgreiflichste Form des körperlichen Eigentums, zerfließt unter der schuldrechtlichen Zersetzung mit Pfandbelastungen in seiner stofflichen Substanz und kann richtig d. h. seinem Wirklichkeitswert nach nur noch dynamisch gesehen werden[158]). Und obwohl das moderne Recht diesen Erscheinungen immer noch ohnmächtig oder mißtrauisch, ablehnend oder zögernd gegenübersteht, obwohl es Eigentum statt Vermögen, Darlehn statt Kredit, Statik statt Dynamik gibt und die wirtschaftliche Einheit von Unternehmen und Betrieben nur sehr vorsichtig und äußerst gelegentlich als r e c h t l i c h e Einheiten anerkennt, im Prinzip aber immer noch an seiner statischen Auffassung der einzelnen Substanzwerte festhält[159]) — trotzdem h a b e n wir bereits „aus der Natur der Dinge" heraus im Wirtschaftsleben, unter der Oberfläche und in der Praxis[160]) des Rechts die H e r r s c h a f t der d y n a m i s c h e n B e w e r t u n g.

Anm. [158]) Wir müssen uns hier auf Hinweise beschränken. Näheres findet sch bei Bott-Bodenhausen, Spengler und Fehr a.a.O. Fehr z. B. schildert, wie weit die Zersetzung des Sachenrechts schon vor dem Kriege in Deutschland fortgeschritten war. Damals waren etwa 60 Milliarden Volksvermögen in Hypotheken angelegt, während das gesamte Volksvermögen nur 350 Milliarden betrug. Vgl. Fehr a.a.O. S. 106. Kennzeichnend für diese Entwicklung vom Eigentum zum Vermögen, was Radbruch a.a.O. S. 157 von der Erbschaft sagt: „ein zufälliger Haufen von Werten, ein Geldschrank voll der mannigfachsten Aktien, Obligationen, Staatsanleihen und Pfandbriefe . ."

Anm. [159]) Hierzu Einzelheiten bei Fehr a.a.O. S. 100, 105, 107 und Oppikofer a.a.O. S. 126. Die Stellung des RG zu kaufmännischem und gewerblichem Betrieb und Unternehmen und dem Verkauf einer Kundschaft als solcher ergibt sich eindrucksvoll aus RGZ 63, 59; 67, insbes. RGZ 68, 54, ferner 70, 220 (Zeitungsuntern.) 78, 270; 95, 57 und 98, 289.

Anm. [160]) Glungler a.a.O. S. 49 behauptet sogar: „. . die dynamische Grundhaltung ist das charakteristische Merkmal der modernen Rechtspraxis und umgekehrt die moderne Rechtspraxis die adaequate Ausdrucksform der dynamischen Grundhaltung."

IV. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen.

Wir sind am Ende unserer Untersuchung der heutigen volkstümlichen Rechtsinhalte angelangt und können nunmehr die Ergebnisse in großen Zügen zusammenfassen und die letzten Schlüsse ziehen.

Gang der Untersuchung.

Wir sahen aus der Tatsache der geistigen Isolierung des Rechts, seiner immer stärkeren Entfernung vom Menschen und aus dem Wunsche, dieser Zerreißung der Zusammenhänge unter allen Umständen zu begegnen, die Forderung und Aufgabe eines volkstümlichen Rechtes als verbindendes Element zwischen Recht und Volk ganz von selbst herauswachsen. Die tiefere Berechtigung zu einer auf Einsicht, Kenntnis und Verstehen ruhenden Vertrauensbasis des Rechtes im Volke ergab sich außer aus dem lebensverbundenen Wesen allen Rechts vor allem aus einem ungewöhnlichen, allgemeinen und zeitbedingten Bedürfnis des modernen Menschen nach Teilnahme an allen Vorgängen, Einrichtungen und geistigen Kräften, die das öffentliche Leben bestimmen. Der geistige „Aufstand der Massen", das Fortgelten des Gesellschaftsvertrages in diesem Sinne schienen uns dieses Bedrüfnis unübersehbar auszudrücken. Seine versöhnende, spannungslösende Aufgabe aber konnte u. E. ein volkstümliches Recht nur dann vollendet erfüllen, wenn es gleichmäßig volkstümlich Inhalte u n d Formen zu einer Einheit der Wirkung verschmolz. Daraus ergab sich der Umfang des Begriffes und die Notwendigkeit einer totalen Erfassung des Problems als Voraussetzung jeder grundlegenden Behandlung des Themas überhaupt. Wir haben sodann unsere Untersuchung im wesentlichen auf die Inhalte eines volkstümlichen Rechts konzentriert. Dabei sind wir vom Volk als Grundlage allen Rechtes ausgegangen. Seine Rolle, seinen Einfluß, seine Wirkungen auf die Gestaltung des Rechts hatten wir zu ergründen. Indem wir es seiner inneren Struktur nach als lebendigen Organismus, als eine in der Geschichte erscheinende und fortwirkende einheitliche Kraft begriffen haben, fanden wir an den Kernsätzen der historischen Schule den Ansatzpunkt, die Teilnahmefähigkeit des Volkes am Recht in der Grundfrage nach dem Dasein und Wert der sogenannten „Rechtsüberzeugung des Volkes" für unsere heutigen Verhältnisse kritisch im Einzelnen nachzuprüfen.

In dem Bestreben, verallgemeinernde und unklare Vorstellungen wie „Volksgeist" oder „allgemeine Rechtsüberzeugung des Volkes" möglichst zu konkretisieren und zu vereinfachen, haben wir zunächst die einzelnen im

Volke lebenden Rechtsüberzeugungen in ihrer greifbarsten Form, nämlich in ihrem Dasein als Gewohnheitsrecht aufgesucht. Wir fanden auch heute noch derartiges Gewohnheitsrecht — besonders auf den speziellen Rechtsgebieten. Wesen, letzten Geltungsgrund und Quelle dieses unmittelbarsten Rechtes schien uns mit dem des Gesetzesrechtes wesenseins zu sein. Denn beides ruhte u. E. auf der Überzeugung der Gemeinschaft, eine bestimmte Regelung als Recht zu empfinden und zu wollen. Daher haben wir auch als Kern der sogenannten Rechtsüberzeugung die Frage betrachtet, ob etwas gerecht sei — eine Frage, die im Wesentlichen im Einzelnen, an einzelne Lebensfragen und Rechtsgebiete gestellt und letztenendes nur durch ein Gefühl beantwortet werden kann, die also nicht im Wege des rationalen sondern des emotionalen Denkens ihre Antwort findet. Diese Überzeugung sahen wir im Volke lediglich verschieden geäußert: einmal durch die als Staat organisierte Gemeinschaft im Willen zum gesetzten Recht, sodann durch die unorganisierte Gemeinschaft unmittelbar als Geltungswillen des Gewohnheitsrechts. Aus diesem gemeinsamen Grund leiteten wir die Gleichwertigkeit zwischen Gesetz und Gewohnheit und aus der Gleichwertigkeit die derogatorische Funktion des Gewohnheitsrechts als der unmittelbarsten, reinsten und ursprünglichsten Form des Rechts gegenüber dem Gesetzesrecht ab. Damit war die Bedeutung der Gewohnheit für ein volkstümliches Recht zwar prinzipiell wichtig, als Erneuerungsfaktor, als „niemals unvolkstümliches" Recht auch wertvoll, heute aber praktisch gegenüber dem gesetzten Recht und der u. E. unaufhaltsamen Tendenz zu immer ausschließlicherer Kodifikation dennoch zweitrangig. Wir haben uns daher nach dem Vorhandensein weiterer Rechtsüberzeugungen und ihrer konkreten Erscheinung im Volke umgesehen, — und zwar als Grundlage und Orientierungsbasis für ein gesetztes Recht, das u. E. immer dann, wenn es derartigen Überzeugungen entsprechen würde, unzweifelhaft volkstümlich sein müßte.

Bei der Durchsicht des Rechtsstoffes haben wir zunächst das gesamte Gebiet der sogenannten „technischen Normen" ausgeschieden. Diese Normen erwiesen sich schon rein stofflich für die Bildung von Volksüberzeugungen als ungeeignet.

Bei der Umschau nach besonders geeigneten Gebieten für die Entstehung von Rechtsüberzeugungen haben wir sodann die erste wichtige Entdeckung gemacht: den

innigen und schöpferischen Zusammenhang zwischen Recht und Mensch auf den speziellen Rechtsgebieten, die Fruchtbarkeit und den Wert der Rechtsüberzeugungen für die lebenswahre Gestaltung des Rechts im Standes-, Berufs- besonders im Arbeitsrecht. Wir haben den letzten Grund für die wirkliche Volkstümlichkeit dieser Teile der Rechtsordnung darin gefunden, daß ein richtig gestaltetes Spezialrecht in gewisser Weise die Überwindung des abstrakten Begriffes durch das Leben bedeutet.

Ausbau der Vertikalgliederung.

Wir ziehen daraus nunmehr die Folgerung, der vertikalen Gliederung des modernen Lebens eine klarer und stärker gestaltete „Vertikalgliederung" der Rechtsordnung[161]) entsprechen zu lassen. Dazu wird ein bewußter Umbau und ein konzentrierterer Einbau der Spezialrechte in die allgemeinen Normen und dort, wo Sonderrechtsgebiete unzusammenhängend und bruchstücksweise kodifiziert sind, eine Kodifizierung unter neue umfassende Gesichtspunkte stattfinden müssen.

Dabei hat man u. E. von folgender Grundlinie auszugehen: die Idee, die uns für die Durchführung der Vertikalgliederung leitend erscheint, ist die Einheit der Wirkung und der Zusammenschluß aller Einzelgebiete der Rechtsordnung zu einem organischen Ganzen. Das ist die Aufgabe und die Verpflichtung, die mit jeder Spezialisierung einsetzt[162]). Das allein rechtfertigt sie für eine

---

Anm. [161]) Um Mißverständnissen vorzubeugen: irgendeine Auflösung oder Zerteilung der allgemeinen Normen, vor allem des BGB, kann mit der „Vertikalgliederung" selbstverständlich nicht gemeint sein. Im Gegenteil handelt es sich nur um eine Neugliederung und umfassende Konzentration unzulänglich oder unter zu engen Gesichtspunkten aufgeteilter Sonderrechtsgebiete auf das BGB hin. Seine zentrale Stellung als gedankliche Mitte aller Spezialzweige des Rechts wird dadurch eher betont. Vgl. dazu die folgenden Seiten und Anmerkungen, die jedoch nur kurze Anregungen enthalten, da der Schwerpunkt der Frage über den Rahmen der Arbeit hinausweist. Gerade die Einsicht in die weittragenden und schwierigen Entscheidungen, die hierbei auf systematischem und dogmatischem — und dahinter auf rechtspolitischem und — philosophischem! — Gebiet zu treffen wären, bildeten einen der Gründe, die uns, um der Gefahr von Halbheiten zu entgehen, unser Thema auf die volkstümlichen „Inhalte" beschränken ließen.

Anm. [162]) Sie ist für alle Wissenschaft dieselbe. Aber nicht überall gelingt es, die Spezialisierung, die die Tendenz hat, mit sich selber durchzugehen, unter diese Grundidee zu beugen. Das Recht jedenfalls wollen wir mit allen Kräften davor bewahren, in die Kardinalfehler der Spezialmedizin zu verfallen, wo der Mensch aufgehört hat, als einheitliches Wesen zu bestehen und wo es längst zu einer aus Frauen-, Ohren-, Herz- oder Blasenleiden zusammengesetzten unordentlichen

wissenschaftliche Disciplin, die dem Leben zu dienen hat. Die Vertikalgliederung hat demnach einen doppelten Sinn. Einmal soll sie die Volkstümlichkeit absonderungsreifer größerer Spezialgebiete[163]) durch konzentrierten verständnisvollen Einzelausbau und zwar aus der Grundlage der hier möglichen Zusammenarbeit mit Volksanschauung und Lebensbedürfnis heraus gewährleisten. Das ist ihre lebensverbindende Funktion. Sodann muß sie die Spezialgebiete möglichst fugenlos und organisch in den Gesamtkörper der Rechtsordnung einbauen[164]). Das ist ihre rechtsverbindende Funktion. Das gemeinsame Ziel beider Funktionen liegt in der Erschaffung eines in sich abgerundeten aus lebendigen Grundlagen gespeisten Organismus'. In ihm muß die Ablösung der allgemeinen Regeln durch die besonderen Regelungen und der Rückfluß der Sonderregeln in die allgemeinen Begriffe einen geschlossenen Kreislauf reibungslos ineinandergreifender Rechtsenergien darstellen. Was danach dem allgemeinen Begriff an notwendiger Volkstümlichkeit verloren geht, wird von

---

Masse geworden ist. Unser Vorschlag will gerade diese Gefahr beseitigen. Demnach soll die Spezialisierung im G r o ß e n erfolgen, d.h. jedes Teilgebiet muß eine erschöpfende Verdichtung aller in ihm steckenden kleineren Teilgebiete enthalten. (Beispiel: Genossenschafts-Wechsel-, Scheck- und unlauteres Wettbewerbsrecht gehören ins HGB! — nicht in Sondergesetze.)

Anm. [163]) Die Anführung des Arbeitsrechts gibt die Richtung. Dort sind bereits Sonderbegriffe und Lebensverhältnisse maßgebend geworden, die den allgemeinen Rechtsbegriffen wie dem freien Vertrag etc. von selbst entwachsen sind. D. h. in allgemeiner Regel: stellen sich auf einem Lebensgebiet eigene, gesonderte, mit den allgemeinen Begriffen nicht mehr erfaßbare Lebensformen heraus — z. B. infolge der überwiegenden Ergreifung des Menschen durch eine besondere wirtschaftliche, gewerbliche oder ähnliche Tätigkeit —, so wird jedesmal die allmähliche Ablösung aus der allgemeinen in die Spezialnorm erfolgen. Diese wird dann der neuen Lebenseinheit gerechter und ist „praktikabler": dadurch aber wird sie wiederum auf ihrem Gebiet zur allgemeinen Norm.

Anm. [164]) Die Hauptschwierigkeit liegt in der gegenseitigen „Ergänzungstechnik" der Gesetze. Auf sie wird alle Kunst der Formulierung und des Denkens zu wenden sein. Endlose Verweisungen sind ebenso unerträglich wie endlose Wiederholungen. Aber was z. B. dem HGB. möglich gewesen ist, wird genau so gut jedem anderen Spezialgesetz gelingen. Der Gedanke an den inneren Zusammenhang allen Rechtes wird sich in einer klaren Grenzziehung an die Spitze des Spezialgesetzes stellen lassen. Nicht schlecht, wenn auch infolge der Bedeutungslosigkeit und Enge des Gebietes primitiv, verfährt § 1 der Landarbeitsverordnung. Es wird in kurzen Worten auf die Besonderheit der Landarbeiterverhältnisse hingewiesen und im übrigen dem Dienstvertrag des BGB und seinen allgemeinen Regeln belassen, was des Dienstvertrages ist.

der Sonderregel zurückgewonnen. Darin sehen wir das Gesetz der Vertikalgliederung. Seine Wechselwirkung zwischen Besonderem und Allgmeinem — keine „umstürzende Neuheit" sondern nur die Betonung und Beleuchtung eines durchaus natürlichen und alltäglichen Vorganges bei jedem Spezialrecht in einem spezifischen Blickfeld! — hat den Vorzug der Elastizität. der Spannweite und einer dauernden Erneuerung. Somit fällt das ganze Schwergewicht der Frage und ihre endgültige Lösung in das dogmatische und systematische Gebiet. Dogmatik und Systematik bedeutet aber nichts anderes als Verwaltung. In der augenblicklichen Phase unseres ganzen Kultur- und Rechtslebens deuten alle Anzeichen dahin, daß unsere Hauptaufgabe nicht mehr so sehr in der dauernden Erringung und Urbarmachung neuer Stoffgebiete, als vielmehr in der Gliederung, Gruppierung und Anordnung des rechtlich überall bereits erfaßten aber unzulänglich aufgeteilten Stoffes unter neue umfassende Gesichtspunkte liegt[165]). Daher ist das eigentliche Problem des Rechtes heute ein Verteilungsproblem. Die Problematik, die überall von neuem um unsere bisherigen dogmatischen und systematischen Begriffe entsteht, die von allen Seiten hervortretenden Umgruppierungsversuche[166]), weisen darauf als auf einen Hauptangriffspunkt neuer Rechtsgestaltung hin. —

Unsere Untersuchung hat sich sodann der Frage nach dem Vorhandensein einer Gesamtüberzeugung des Volkes für den übrigen Raum des Rechts. vor allem für das Ge-

Anm. [165]) Unser Gedanke findet eine Parallele in dem sinnverwandten Ausspruch Riezlers (Einleitung zum Allgemeinen Teil usw. S. 11): „In der Spezialgesetzgebung und deren Fortsetzung wird die Reform des deutschen Rechtes auf absehbare Zeit ihren Schwerpunkt haben."

Anm. [166]) Wir verweisen hier nur auf die Vorgänge im Arbeitsrecht, und den von Sinzheimer a.a.O. in seiner Vorrede S. VIII ff unternommenen Versuch, auf die grundlegenden Neuerungen des Tarifrechtes, auf die verschiedenartigsten (schon von Gierke Deutsches Privatrecht Bd. I. S. 26 ff stammenden) Experimente mit dem Klassifikationsbegriff „Sozialrecht" (dazu u. a. Baumgarten, Die Wissenschaft v. Recht usw. II, S. 10 ff); auf das „Verbandsrecht" (Klausing a.a.O. insb. S 98 ff, 109); das „Wirtschaftsrecht" (nicht nur im systematischen, sondern sogar im methodischen Sinne!) — dazu Klausing, Wirtschaftsrecht; auf das „Verkehrsrecht" von Isay a.a.O. das „Unternehmensrecht" Oppikofers a.a.O. und das „Industrierecht" Rosenstocks. Bei diesem (Vom Industrierecht, insb. S. 13 ff) ist der Zweck derartiger Systemumbildungen in unserem Sinne besonders klar erkannt und gut formuliert. Dort findet sich interessanterweise auch ein ausgesprochen dynamisches Denken. Über das dyn. Problem vgl. im übrigen Anm. 176 u. Arbeit.

biet des bürgerlichen Rechtes zugewandt. Wir konnten die theoretische Frage nach einer Möglichkeit solcher einheitlichen und allgemeinen zur Greifbarkeit verdichteten Gesamtüberzeugung hinsichtlich des Rechts vor ihrer tatsächlichen praktischen Unmöglichkeit in unserer heutigen Zeit auf sich beruhen lassen. Denn selbst wenn eine Gesamtmeinung des Volkes vom Recht begrifflich denkbar gewesen wäre, so war sie doch vor der gegenwärtigen Fülle der zerfahrenen und extremen Meinungen, vor der natürlichen Kompliziertheit und Vereinzelung des heutigen Rechts- und Lebensstoffes und nicht zuletzt vor der Fragwürdigkeit sicherer Feststellung zu verneinen. Demnach lag der eigentliche und tiefste Grund dieser Verneinung in dem Mangel einer einheitlichen Weltanschauung — wenigstens in großen Zügen. In ihr hätten wir den Kulminationspunkt, die ideale Grundlage für die volkstümliche Gestaltung eines Rechts gesehen. Wir fanden jedoch in unserer Gegenwart Inhalt und Bestand der weltanschaulichen und rechtlichen Überzeugungen vage, widerspruchsvoll und für die Gewinnung einer gültigen Zusammenschau dessen, was das Volk im Recht denkt, unbrauchbar.

Fortgang der Untersuchung.

In diesem Augenblick der Ergebnislosigkeit galt es, die Grundfrage umzudrehen und den Ausdruck der inneren Kräfte des Rechts nicht mehr in den Volksüberzeugungen, sondern gleichsam hinter ihnen, nämlich in dem Stoff des Rechts und in seinen Gestalten selbst zu suchen. Daher war das bereits Wirklichkeit gewordene Recht zu betrachten. Aber nicht im Sinne einer belanglosen Tatsachensammlung, sondern als Ausdruck und Dokumentierung jener sinngebenden Grundthemen, jener gestaltgebenden Grundmotive, auf die sich die rechtlichen Einzelfiguren zurückführen ließen. Es mußte m. a. Worten der Versuch gewagt werden, die zur Wirklichkeit verdichteten I d e e n aufzufinden, die ebenso deutlich und eindringlich wie Volksüberzeugungen in der stummen Sprache werdenden und gewordenen, gewesenen und seienden L e b e n s Zeugnis geben könnten von den inneren Kräften, die am Rechte wirken[167]). Um diese Ideen zu gewinnen, haben wir

Anm. [167]) Dabei sind wir uns durchaus der Gefahr bewußt, die Binder für eine ideologische Geschichte und Wirklichkeitsbetrachtung a.a.O. S. 1062 skizziert. Natürlich geht es n i c h t an, . . . „Ideen in die Geschichte hineinzutragen, um dadurch die Geschichte zu vergewaltigen . .“ Dagegen sehen wir bei derartiger Betrachtung das Verhältnis zwischen Idee und Wirklichkeit, wie wir es bereits oben mit einem Hinweis auf Hegel verstanden wissen wollen und wie es Binder selbst

die Bilder des alten und des neuen deutschen Rechts aneinander gehalten. Durch die Fülle der Form erblickten wir die überraschende Deckung gewisser Grundzüge.

Im frühen deutschen Recht zeigten sich folgende Grundzüge als gestaltende Prinzipien: als Quelle des Lebens und seiner Formen das tiefe, religiös verwurzelte Gemeinschaftsgefühl, als seine rechtlichen Ausläufer die Einheit zwischen öffentlichem und privatem Recht, die Fülle des Verbandslebens besonders im Blühen des genossenschaftlichen Gedankens, die Idee von der Pflicht als Entsprechung der Rechte und schließlich der dynamische Zug als typischer Ausdruck einer von der Gemeinschaftsidee ausgehenden Lebenswertung. Damit war als Grundton des alten Rechts bestimmt: die Erfassung des Einzelnen vom Zusammenhang in der Gemeinschaft aus.

Als Prizipien des neuesten deutschen Rechts haben wir genau die gleichen Grundzüge in deutlichen Ansätzen und im Kampf gegen die Widerstände des reinen Individualismus zum Durchbruch kommen sehen. Auch hier die Rückkehr zur Idee von der Einheit allen Rechts durch die immer stärkere Verwischung der Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht. Auch hier die Fundamente des Sozialrechts mit der Ersetzung der Gleichheit durch die Idee des Ausgleichs. Auch hier die machtvolle Entfaltung des genossenschaftlichen Gedankens und das Wiederaufleben des Verbandslebens — die ringförmige Struktur des Rechts und des Lebens. Wir haben den Einbruch des Gemeinschaftsgedankens bis in das Aktienrecht verfolgen können, wo er in verkleideten Formen als Sonderinteresse des „Unternehmens als solchem" auftaucht. Wir sahen die soziale Durchwachsung des Eigentums und die allmähliche Wiederkehr der Pflichtidee als Entsprechung der Rechte. Schließlich fanden wir den dynamischen Zug des modernen Rechtslebens — einmal an dem russischen und amerikanischen Beispiel illustriert

---

versteht — indem man sich stets bewußt bleibt, „daß es die Ideen als objektiv wirkende Mächte sind, die sich in der Geschichte bestätigen und die auch deshalb nur in der Geschichte gefunden werden können." Die Berechtigung zu solcher Bewertung und die Ablehnung des Positivismus aber glauben wir aus der Erkenntnis nehmen zu können, daß Sinn, Zusammenhang und Begreifen der Tatsächlichkeit niemals durch diese Tatsächlichkeit selbst gegeben wird, sondern daß sie nur vom Menschen aus den Dingen herausgelesen, von ihm erschaffen werden kann. Vgl. hierzu Sauer, Übersicht usw. S. 9 ff. Die Ein- und Zuordnung des Stoffes unter Ideen ist die Aufgabe, die Funktion, die Existenz des Geistes überhaupt.

unter der von uns gekennzeichneten Kausalität als typische Folge der wiedereinsetzenden Sozialbewertung des Daseins. Sodann — unabhängig von der Gemeinschaftsbewertung und nicht als Mittel zu ihrer Verwirklichung als eigengesetzliches Lebens- und Zeitprinzip.

Demnach zeigen sich im Ansatz des neuen Rechts die gleichen Wesenszüge wie im alten deutschen Recht: der letzte Ausgangspunkt aller Dinge ist die Erfüllung des Einzeldaseins durch Erfüllung und Stellung in der Gemeinschaft. Das vereinzelte Dasein hat keinen Wert an sich, sondern erst in seiner Anteilnahme und Einbezogensein in das Leben der Gesamtheit. — Die Aufdeckung der gleichen Wesenszüge im alten und im neuen Recht hat für uns den dreifachen Wert eines Beweises ihrer Dauer, ihrer Gegenwarts- und ihrer Zukunftsgültigkeit. Wir haben damit den Charakter unseres Rechts bestimmt und zwar von der Grundlage des Volkes aus: Züge, die im Recht gewesen, die sodann wiedererstanden sind und die daher erhalten und weitergeführt werden müssen. Denn nach unserer Definition ist Charakter der Bestand zentraler Eigenschaften in der Dauer und die Behauptung dieser Eigenschaften entgegen jedem Widerstand von außen und von innen. Dauerfähigkeit haben die Wesenszüge unseres Rechts schon allein durch ihren Bestand von den Zeiten des alten Rechts bis hinein in die Gegenwart erwiesen. Ihre Fähigkeit zur Behauptung entgegen jedem Widerstand haben sie durch die Überwindung der Reception und der jahrhundertelangen geistigen Verfremdung gezeigt.

Die Zweifelhaftigkeit des „Volkscharakters"

Dieser Beweis durch die Rechtswirklichkeit enthebt uns den fruchtlosen, unzulänglichen und höchst angreifbaren „Primafacie"formulierungen. Ausdeutungen und Diskussionen über den „Volkscharakter" über die „Wesenszüge eines Volkes", über den „Volksgeist". Wir brauchen nun nicht mehr zu fragen und zu streiten, ob ein Volk als ehrlich, treu, schöpferisch, zuverlässig usw. anzusprechen ist oder nicht[168]). Derartige Behauptungen und Abstraktionen haben mäßigen Wahrscheinlichkeitswert. Sie sind beliebig aufstellbar, vermehrbar und sogar beweisbar aber mit demselben Wahrscheinlichkeitserfolg sind sie auch zu widerlegen. Für die Gestaltung und Ein-

Anm. [168]) Ausführliche Polemik gegen diese Art von summarischen Urteilen und die Methode, aus beliebigen Abstempelungen Schlüsse für die Rechtsgestaltung zu ziehen u. A. bei Stier-Somlo a.a.O. S. 61 ff.

richtung des Rechts läßt sich aus ihnen jedenfalls keine sichere Grundlage bilden. Was wir dagegen hier Stück für Stück herausgearbeitet haben, ist — wenn vielleicht auch nicht vollkommen erschöpfend, so doch das Wesentliche und es ist sicher, verbürgt durch langes Dasein in unserer historischen Welt, errungen durch die großen geistigen Kämpfe um das Recht seit dem Einbruch des römischen Rechts, bestätigt durch die Gegenwart. Daher scheint es auch befähigt, in die Zukunft zu weisen. Es stellt die Inhalte dar, die ein wirklich volkstümliches Recht heute haben kann und haben muß. Ihre Verwirklichung ist schon in sich ein ungeheures Programm.

Die Einzelnen um der Gemeinschaft und die Gemeinschaft um der Einzelnen willen.

Aus den Charakterzügen des deutschen Rechts heben sich die großen Ziele und Aufgaben des zukünftigen so verstandenen volkstümlichen Rechts heraus: für uns unmittelbar bestehen sie in einem Ausgleich zwischen der extremen Individualwertung, wie sie der Liberalismus darstellt, und der extremen Kollektivwertung, wie sie das Lebensbild Rußlands zeigt. Es handelt sich für uns darum, ein soziales Recht zu erschaffen, das rechtliche Abbild einer Gemeinschaft, in der der Einzelne nicht schlechthin um seiner selbst willen, sondern als förderndes Glied des Ganzen Wert hat und in der die Gesamtheit nicht um ihrer selbst willen, sondern als Fassung und Rahmen des Einzelnen da ist.

Die Gerechtigkeit als „leere Kategorie" und ihre Erfüllung.

Zur Erreichung dieses Ziels sind die von uns entwickelten Wesenszüge des Rechts noch in einem anderen Sinne wichtig. Sie geben uns die eigentliche Erfüllung der Gerechtigkeitsidee, ohne die uns das Recht undenkbar erscheint. Denn das Recht ist nicht nur „Wirklichkeit" schlechthin, die wir hinnehmen müssen, wie sie ist und wie sie sich bildet. Es ist uns vielmehr Wirklichkeit, gesehen durch eine Wertung — es ist die Wirklichkeit, die, wie wir schon am Anfang gesagt haben, den Sinn hat, einer Idee zu dienen. Da aber das Recht nur den Sinn haben kann, die Gerechtigkeit zu verwirklichen, so ist die Gerechtigkeit wenn auch nicht die einzige, so doch die eigentliche Idee des Rechts und an alles positive Recht muß, wie Stammler in der Lehre vom richtigen Recht gezeigt hat, die Gewissensfrage gestellt werden, ob es in diesem Sinne, d. h. im Sinne einer ideellen Richtigkeit gültig ist. Sein ganzer Gehalt muß nach diesem Maß gewertet werden. Nun kann man die Gerechtigkeit — nach

der berühmten Lehre des Aristoteles — nicht besser definieren, als das Gebot, die Gleichen gleich und die Verschiedenen nach Maßgabe ihrer Verschiedenheit verschieden zu behandeln — die sogenannte ausgleichende und austeilende Gerechtigkeit. Das gibt jedoch nur einen Rahmen. Der ganze Begriff ist ein formaler, allerdings ist er ein letzter, von anderen Werten nicht mehr ableitbarer Wert, ein Axiom aber trotz seiner Allgemeingültigkeit nichts als eine „leere Kategorie"[169]). Die verschiedenartigen Inhalte, die Menschen zu allen Zeiten in diese Kategorie gegossen haben, zeigen bedeutungsvoll genug ihre Gehaltlosigkeit und ihre Spannweite: im Namen der Gerechtigkeit hat der berüchtigte Bendikt Carptzow 20 000 Todesurteile in Hexenprozessen auf reines Aktenstudium hin gefällt, im Namen der Gerechtigkeit hat Robespierre, der Fanatiker der Tugend und der Gerechtigkeit, halb Paris guilliotinieren lassen. Daher wird das Gebot der Gerechtigkeit erst mit Leben und Inhalt erfüllt durch die Beantwortung der Frage, w e r als gleich, w e r als verschieden und w i e er als verschieden zu bewerten ist. Diese Frage aber kann nur aus den letzten Zielsetzungen und dem Wesen der Gemeinschaft, in der die Stellung der Einzelnen und der Dinge zueinander — nach i h r e r Auffassung „gerecht" — bestimmt werden soll, eine Antwort finden. Und daher ist sie von allen Zeiten, Völkern und Gemeinschaften ihren entsprechenden Anschauungen und Aufgabenerfassung nach ganz verschieden beantwortet worden. Ein Meridian entscheidet — wie Pascal[170]) von der Wahrheit gesagt hat — über die Gerechtigkeit. Die Geschichte der Völker unter dem Gesichtspunkt ihrer Raumeinteilung der Einzelnen und der Gegenstände untereinander ist die Geschichte der Gerechtigkeit. Nach dem, was wir bei der näheren Untersuchung der Rechtsüberzeugung oben festgestellt haben, kann nun gar kein Zweifel daran sein, daß die letzte inhaltgebende Instanz für die Gerechtigkeit das Rechtsgefühl, die Rechtsüberzeugung oder wie immer man es nennen will, sein muß. Nichts ist „wenn man allein der Vernunft folgt, an sich gerecht". Vielmehr gibt erst die ethische Sublimierung

Anm. [169]) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 98. Doch fehlt dort die endgültige Zuendeführung und Einmündung des Begriffes in das Rechtsgefühl, d. h. seine Aufhebung als rationaler Wert. Darüber vgl. im Folgenden.

Anm. [170]) Pascal, Pensées, I. Art. VI, 8. Dort, I, Art. VI, 9 findet sich auch das unten sogleich folgende Zitat vom Unwert der Gerechtigkeit als rationeller Begriff.

eines Gemeinschaftswollens aus dem Fundament der Rechtsüberzeugung heraus[171]) in der Richtung auf die großen Ziele, von denen dann wiederum die kleinen Ziele und die Mittel bestimmt werden, der Gerechtigkeit Farbe und Inhalt. Und wenn wir aus den Grundlagen unseres vergangenen und gegenwärtigen Lebens in steter Linie das Hinzielen nach einem Sozialrecht, nach der rechtlichen Form einer Gemeinschaft abgelesen haben, in der der Einzelne und die Gesamtheit sich gegenseitig bedingen, so soll damit auf die Betonung eines nationalen und traditionellen Elements von Dauer für die Gerechtigkeitserfüllung unseres Volkes gewiesen werden. Aus dieser Auffassung der Gemeinschaft, deren Gültigkeit wir durch die Geschichte zu beweisen versuchten, beantwortet sich nunmehr die Frage nach dem Inhalt der Gerechtigkeit. Denn diese Auffassung bewertet, wer als gleich, wer als verschieden und wie er als verschieden zu gelten habe. Sie bestimmt auch die Grenzen und die Inhalte der Billigkeit im Recht, jener Beurteilung vom Besonderen zum Allgemeinen[172]), in der der Niederschlag des gleichen sittlichen Maßstabes wie in der Gerechtigkeit steckt und die daher die gleichen Grundlagen nur konkretisiert auf den

Die Billigkeit als die Gerechtigkeit des Einzelfalles.

Anm. [171]) Gerechtigkeit ist demnach zunächst eine „sittliche" Wertung des Rechts, sodann eine sittlichrechtliche Wertung des Lebens. Sie empfängt ihre Maßstäbe aus der Gesamtwertung des Lebens durch ein Volk. Somló, Maßstäbe zur Bewertung des Rechts, hat gezeigt, daß der Sollensmaßstab im Rechtsgefühl eine Gemeinschaftsbeziehung, ein Übereinstimmungsbewußtsein enthält. Daher führt die Gerechtigkeit aus solcher Wertung in das Rechtsgefühl zurück und ist demnach ein irrationaler und kein logischer Wert. Die begriffliche Konstruktion — wie sie von Aristoteles fast unverändert heute übernommen ist — gibt nur die Ansicht und den Aufenthalt auf einer Zwischenschicht. Als solche ist sie brauchbar und zur Orientierung wertvoll. Aber sie ist noch keine Endstation. Den eigentlichen und letzten Unterbau bildet vielmehr das Rechtsgefühl in seiner Perspektive auf die großen Gesamtziele. Denn die Kardinalfrage allen Rechtsgefühls — das haben wir früher schon ausführlich erörtert — ist ja gerade die eine und immer gleiche Frage, ob etwas gerecht ist! Da nun, wie wir schon wissen, das Rechtsgefühl nach Zeit, Rasse, Kultur und Blut verschieden gefärbt ist, so besteht unser Beitrag in nichts anderem, als die Kontinuität der Linienführung in einem Volke, die Wahrung einer einheitlichen Richtung aufzuzeigen und dabei das nationale und traditionelle Moment für die Zukunftsrichtung des Rechts zu betonen. Vgl. zum Begriff selbst Gareis, Vom Begriff Gerechtigkeit; ferner Rümelin, Die Gerechtigkeit (insb. S. 18/9!) und Isay a.a.O. S. 116, der — zuweitgehend — die Definierbarkeit völlig leugnet und die Gerechtigkeit lediglich als ein rationalisiertes Rechtsgefühl auffaßt.

Anm. [172]) Vgl. Binder S. 400 Rechtsphilosophie.

besonderen Fall hat. Denn was bei der Anwendung des Rechts billig oder unbillig erscheint, ist dieselbe Frage nach dem Inhalt der Gerechtigkeit, gestellt am Einzelfall: die Billigkeit im Recht kann nichts anderes sein als „die Gerechtigkeit des Einzelfalles"[173]). Wenn daher in diesem Sinne die Übereinstimmung des Rechts mit den Wesenszügen des Volkes in Gesetz und Rechtsprechung erreicht ist, hat das Recht die tiefste und letzte Berechtigung seiner Macht und seiner Geltung erhalten: als Ausdruck und Träger des in einem Volke lebenden Gerechtigkeitsideals, als Verkünder des „r i c h t i g e n" Rechts. Es ist ein Irrtum, zu meinen, im Recht könne etwas ohne diese Wertung sein. Kein Satz, kein Wort, nicht einmal ein Komma kann im Recht gesetzt werden, ohne daß dahinter das Bekenntnis zu einer Weltanschauung und zwar zu der für das Recht typischen Weltanschauung nämlich zu seiner Auffassung der Gerechtigkeit stünde[174]). Steht sie nicht in den

Die Berechtigung des Rechtes zur Macht.

Anm. [173]) Die schöne Prägung stammt von Maggiore, L'equita e il suo valore; bei Binder Rechtsphilosophie S. 409 Anm. 142. Binders Stellung selbst ist nicht ganz klar, aber wohl ähnlich. Radbruch übernimmt S. 32 Rechtsphilosophie, die Definition Maggiore's wörtlich. Bedeutung und Stellung der Billigkeit im Recht hat eine lange vielumstrittene Geschichte. Vgl. zur Vertiefung Rümelin, Die Billigkeit im Recht, insb. S. 2 ff. (Zusammenstellung der gesamten Literatur) u. S. 43 ff (48), wo R. die Billigkeit definiert als die „Norm, die dem Urteiler sein im Einklang mit der Volksüberzeugung gedachtes Rechtsbewußtsein an die Hand gibt." Auch hier also die Zurückführung auf das Rechtsbewußtsein! Die Billigkeit als Gerechtigkeit des Einzelfalles läßt deutlich die Rückkehr zu der berühmten Definition des Aristoteles im 14. Kap. des 5. Buches seiner Nikomachischen Ethik erkennen. Vgl. die richtige Deutung und Übersetzung der Stelle bei Binder a.a.O. S. 400 und bei Isay a.a.O. S. 118/9.

Anm. [174]) Die Rechtsprechung, die noch größtenteils im Positivismus steckt, wagt nur selten und mit Zurückhaltung, die „Lehre vom richtigen Recht", d. h. die ethischen Gedanken des Rechts gegenüber dem positiven Gesetzestext anzuwenden. Die Gerechtigkeitsidee verbirgt sich in unserem Recht unter den verstreuten Vorschriften der §§ 138, 157, 226, 242, 826 BGB und ähnlichen Bestimmungen. Auf diesem Wege gelangt das RG — und auf dem Umweg über das Unlautere Wettbewerbsgesetz § 1 — in der Entscheidung RGZ 111, 192 (197!) zur Anerkennung eines Rechtes „höherer Ordnung". Ebenso wörtlich wiederholt in RGZ 114, 360 (363!) Vgl. dazu die Bemerkungen Wertheimers a.a.O. S. 17 und besonders Isay's a.a.O. S. 217, 35. Gleichzeitig hört hier, mit dem Einsetzen eines ethischen Maßstabes die „Volkstümlichkeit" in einem gewissen oberflächlichen Sinne auf. Daß Ethik nicht populär ist, hat schon der Gesetzgeber des alten Testaments durch die lange wehklagen-, schmerzens- und enttäuschungsreiche Geschichte, wie sie die Bücher Moses berichten, zu verstehen bekommen. Dennoch: wenn die Ethik einer Gemeinschaft nicht von außen gebracht und aufgezwungen wird, sondern wenn sie — wie es unser Ziel ist — dem tatsächlichen Empfinden und Wesen der Gemeinschaft entspricht, ist sie

Zeilen, so steht sie zwischen ihnen. Selbst wenn diese Wertung, gewonnen aus den Wesenszügen oder den ihnen nachfolgenden Überzeugungen des Volkes vom Recht nur — wie wir eingesehen haben — ein Motiv unter vielen für die Rechtsbildung sein kann, so doch das fundamentalste, d. h. das Motiv, das die Rechtsgestaltung niemals vergessen und niemals übersehen darf — eben um der Erfüllung der Gerechtigkeit und um ihrer inneren Berechtigung zur Macht willen.

Hauptrichtungen volkstümlicher Rechtsgestaltung.

Es liegt im Wesen dieser Arbeit, nur Grundlinien aufzudecken, diese allerdings möglichst klar in Ursprung, Verlauf und Ziel. Wenn daher aller Einzelausbau besonderen Untersuchungen vorbehalten bleiben muß, so glauben wir doch, die Hauptrichtungen für den Umbau der Rechtsordnung schon während der ganzen Untersuchung gegeben zu haben. Einzelnes ist noch nachzuholen. Daß unser geltendes Recht, insbesondere das bürgerliche Recht in diesem Sinne nicht volkstümlich ist[175]), steht außer Frage. Bei der Skizzierung des gegenwärtigen Rechtszustandes sind absichtlich fortlaufend Mängel und Unzulänglichkeiten der rechtlichen Fassung aller der Lebensgebiete dargestellt worden, auf denen die großen deutschen Rechtsgedanken um Ausdruck ringen. Als Aufgabe im ganzen ergibt sich daraus eine verhältnis-

---

auch „volkstümlich" denn sie wird gelebt und steht damit in der allgemeinen inneren Billigung der Einzelnen. Unter einem ganz anderen Gesichtspunkt ist die in diesen Zusammenhang ebenfalls typische Erscheinung zu bewerten, die Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjustiz, S. 37 berichtet: die Unmöglichkeit, Arbeitern den Sinn der §§ 242, 138, 157 BGB begreiflich zu machen, ihre „instinktmäßig richtige" Ablehnung der richterlichen Freiheit und ihr Wunsch nach einer formalistischen Methode der Rechtsprechung. Das zeigt sich stets, wenn das Recht als Machtmittel zwischen Klassen empfunden wird: in Rom forderten die Plebejer gegen die Patricier die Niederschrift des Rechts in den XII Tafeln, in der französischen Revolution der dritte Stand gegen Adel und Klerus die Festlegung der Menschenrechte. Da aber die §§ 242 etc. BGB die Elastizität und oft genug die ultima ratio unseres abstrakt gesetzten Rechts darstellen, so liegen sie gerade im eigenen, wohlverstandenen Interesse aller Rechtssuchenden und man muß entweder mit dem abstrakten System überhaupt oder mit der „gerechten" Rechtsprechung brechen. Bricht man mit dem System, so muß man sich für die Kasuistik entschließen. Wenn nicht, liegt die Lösung im Vertrauen zum Richter. Es handelt sich daher hierbei um ein reines Methodenproblem.

Anm. [175]) Nicht einmal im Sinne „echter Volkstümlichkeit der Ergebnisse", wie Oertmann a.a.O. S. 358/9 behauptet. Wenn die Inhalte eines Rechts unvolkstümlich sind, können seine Ergebnisse nicht volkstümlich sein. Und daß die gegenwärtigen Inhalte zum größten Teil unvolkstümlich in diesem Sinne sind, glauben wir gezeigt zu haben.

mäßig einfache Direktive: den Durchbruch der zentralen deutschen Rechtsprinzipien zu begünstigen, künstliche und begriffliche Hindernisse zu beseitigen. Hierbei ist die Erkenntnis vom Wert einer Vertikalgliederung der Rechtsordnung und die Entdeckung der Kausalität zwischen dynamischem und sozialem Recht u. E. nützlich und verwertbar. Die Ursachen und Erscheinungsformen der Dynamik im heutigen Leben haben wir besonders deshalb so ausführlich untersucht, um darauf hinzuweisen, daß die Verwirklichung des kommenden Sozialrechts sich der Dynamik als wertvollstes Mittel wird bedienen müssen. Inwieweit allerdings, das übersteigt den Kreis dieser Arbeit[176]).

Germanisierung mit Maß.

Wir setzen uns demnach, im Großen gesehen, für eine Germanisierung des Rechtes ein. Dabei dürfen jedoch in dem gezogenen Rahmen zwei Grenzen nicht übersehen werden:

1. Es ist u. E. ein falscher Weg, um der Gültigkeit und Wohlgeratenheit der alten Rechtsinstitute in ihrer Zeit willen, jedes Rechtsinstitut, insbesondere das ganze BGB mit seinem Kranz von Nebengesetzen, bis in die letzten Fasern auf seine „deutschen Gehalte", auf seine Übereinstimmung mit dem Recht der alten Zeit und seinen Gesinnungen nachzuprüfen und meistens bedingungslos die Regenerierung in diesem Sinne zu fordern[177]). Das

Anm. [176]) Das auch hierin steckende dogmatische und systematische Problem soll kurz angedeutet werden. Nach Fehr, Stat. und dyn. Recht S. 268 besteht die Lösung zwischen beiden Prinzipien in einer „Verstärkung der dynamischen Ladung": Bott-Bodenhausen a.a.O. tritt für völliges Umdenken unserer wesentlichen Rechtsbegriffe im dyn. Sinne ein. Glungler schlägt die „pragmatische Deutung" vor. Die übrigen Bearbeiter der Frage streifen sie nur. Bott-Bodenhausen ist der Einzige, der mit der Dynamik Ernst macht. Aber er gibt nur eine zudem sehr schwer verständliche allgem. Grundlegung. Glunglers Versuch stellt keine irgendwie gültige Lösung der Grundfragen dar. Auf die von Fehr angezeigte Richtung weist auch, allerdings nur andeutungsweise Klausing, Uneinheitl. Ausübung mehrerer Stimmen usw. S. 210, Anm. 313: Aussöhnung und Bereicherung der Gegensätze durch Synthese. Es wäre zu begrüßen, wenn unter diesem Gesichtspunkt eine Zusammenfassung und kritische Untersuchung aller praktisch jurist. Möglichkeiten der dynamischen Begriffe und ihres Einbaus in unser Recht unternommen würde. Spengler hat den Juristen dafür 100 Jahre zur Verfügung gestellt. Evtl. wird aber diese Zeit nicht ganz verbraucht.

Anm. [177]) Gierke, der Klassiker des Germanismus, erkennt allerdings in seiner genauen Einzelbesprechung des Entwurfes zum BGB teilweise wertvolles römisches Recht an. (vgl. Das BGB und der dt. Reichstag"; ferner „Entwurf eines BGB"). Umsoweniger geschieht das bei den meisten Germanisten. Ganz allgemein wird vielmehr der Ge-

ist nur halbe Arbeit und nicht einmal eine halbe Wahrheit. Die wichtige und weit wesentlichere Hälfte des Weges ist: nachzuprüfen, wieweit die Gehalte des alten Rechts den Beweis ihrer Gegenwartsgültigkeit durch lebendigen Anklang und Ausdruck in unserer Zeit erbracht haben und inwieweit sie als gestaltende Prinzipien unseres heutigen Lebens noch oder wieder wirksam und fruchtbar sein können. Diese Gegenwartsgültigkeit der Rechtsgedanken erscheint uns so über alles wichtig, daß wir unsere Untersuchung des modernen Rechts durch alle Einzelheiten getrieben und z. B. bei der Dynamik, aber auch beim Eigentum, Erbrecht und Wirtschaftsrecht immer gleichzeitig die Wirklichkeitsbedingtheit der gefundenen Rechtsprinzipien durch moderne Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse aufgezeigt haben. Nichts sinnloseres wäre u. E. denkbar, als aus juristischem Patriotismus altgermanische Rechtsgedanken und Rechtsinstitute um jeden Preis in unser modernes Recht einbauen zu wollen. Daß unsere Vorfahren sie geschaffen und sich bei ihnen wohl befunden haben und daß wir die Nachkommen

Juristischer Patriotismus

sichtspunkt der „Wertbeständigkeit" gern vor der Idee des unbedingten Wertes nationalen historischen Rechts vernachlässigt. Das wirft auch Planck, Zur Kritik des Entwurfes usw. S. 330, 352, 416, 417 Gierke u. E. mit Recht vor. Auch er tadelt die Lieblingsanknüpfung der Germanisten an das Mittelalter trotz aller ihrer Verwahrungen dagegen. Das gilt außer für Gierke und seine Richtung bei unseren Spezialfragen nach der Volkstümlichkeit des Rechts vor allem für Deinhardt a.a.O. insb. S. 58. Trotzdem ist vieles aus diesem Schrifttum auch unter der kritischen Prüfung der Gegenwartsgültigkeit von Bestand. (vgl. Gierke a.a.O. S. 34, 36, 37, 40, 43, 48 u. a.) So unter vielem die natürlichere Verbindung von Sachen — und Schuldrecht, wie sie sich auch im Code civil Art. 1583 (Eigentumsübergang mit Kaufabschluß) findet. Das ist ein typisch-germanischer Rechtsgedanke. Der Code ist z. T. aus der Verdichtung der coutumes locales de Paris, insoweit aus germanischer Wurzel, entstanden (Vgl. Behagel, D. badische bürgerl. Recht usw. S. 3 ff). Ein nebensächlicher, für die Volkstümlichkeit aber wesentlicher und einem Teil der Bevölkerung durchaus wichtiger Zug scheint uns noch bemerkenswert: die Reste des Almenderechts, der gemeinen Nutzung an Wald, Wasser, Weide sind zumeist staatlich als Gemeindeservituten abgelöst worden gegen Pfennigvergütungen. Sie werden aber heute noch überall in ländlichen Gegenden als „natürliche" Rechte empfunden und bitter entbehrt. (Man frage d. ländliche Bevölkerung, wo man will!) Das Schweizer ZGB (Art. 699) hat dieses Almenderecht bis heute erhalten. — Aus dem ungeheuren Schrifttum über die Reform des BGB sei noch die neuere Information von Schultz, Die Reform des BGB erwähnt, wo in Kürze ein Katalog reformbedürftiger Bestimmungen des BGB zusammengestellt und über den Stand der augenblicklichen Reformarbeiten berichtet wird, und zwar, wie der Verfasser zum Schluß (S. 50, 51) ausdrücklich sagt, unter dem Gesichtspunkt eines möglichst einfachen und volkstümlichen Rechts. Es würde zu weit führen, hier nochmals alle Einzelheiten wiederzugeben.

dieser Männer sind, genügt nicht, um uns ihr Recht wertvoll zu machen. Eine solche Rettung „nationaler Güter" bedeutet die unverzeihliche Ignorierung einer fast tausendjährigen Entwicklungsgeschichte, die genau so unverantwortlich wäre, wie es die Reception der fremden Rechte einst war. So wenig wir zum Thing, zum Sachsenspiegel oder zur Carolina zurückkehren können, so wenig können wir heute mit einem großen Teil des germanischen Rechts und dem, was man darin abliest, anfangen. Zum Beispiel sind, um hierfür einen besonders typischen Beweis zu erbringen und gleichzeitig eine ergänzende Linie in das Bild des neuen Rechts einzufügen, die Grundzüge des altdeutchen Familien- und Eherechts mit der patriarchalischen Mundgewalt des Ehemannes, selbst gelindert durch die daraus erwachsende Fürsorge- und Schutzpflicht, für eine heutige Gestaltung vollkommen unbrauchbar. Wir haben schon oben davon gesprochen, daß durch die Industrialisierung und den zerstörenden Einfluß der modernen Wirtschaft die soziologische Basis der Familie als einer ursprünglichen Lebens- und Erwerbsgemeinschaft gesprengt ist und in steigendem Maße von dem wachsenden übrigen Verbandsleben ersetzt wird. Das deutet sich außer in der Reichsverfassung (Art. 120), wo im Gegensatz zu der ausschließlichen elterlichen Gewalt des bürgerlichen Gesetzbuches bereits die Überwachung der Jugenderziehung durch die Gemeinschaft angesagt wird, vor allem im Jugendgerichts- und Jugendwohlfahrtsgesetz an. Um den eigentlichen Kern der Eherechtsgestaltung aber kämpfen heute drei große Ideengruppen[178]). Es ist zunächst der individualistisch-liberale Ideenkreis mit dem Ideal der Liebesehe, d. h. dem Glück der Einzelnen, und mit der Auffassung der Ehe als eines freien Vertrages zwischen gleichberechtigten Personen[179]). Er sieht die Ehe als eine innerliche und rein private Angelegenheit zweier Menschen an, denen der Staat nichts hineinzureden und das Recht nur die notdürftigste Form zu geben hat. Bestand, Fortsetzung und Dauer dieser Ehe ist vom freien Willen der Partner abhängig — so ist die Ehe in Rußland tatsächlich aufgefaßt und gestaltet[180]). Ihre Lösung muß jederzeit ohne

Der germanische Familienvater und die Kameradschaftsehe.

Anm. [178]) Vgl. zum Folgenden Radbruch Rechtsphilosophie S. 146 ff. Dieselbe Einteilung bei Fehr, Recht und Wirklichkeit S. 132 ff.

Anm. [179]) Charakteristisch Engels, der Ursprung der Familie usw. insbes. S. 70 ff.

Anm. [180]) Freund, a.a.O.; Feiler a.a.O. S. 233 ff. Seibert a.a.O. S. 120 ff.

Unterhaltsverpflichtung eines Teiles auch auf einseitigen Wunsch in der Form einfacher Registrierung möglich sein. Geht man davon aus, daß die sittliche Rechtfertigung der Lebensgemeinschaft zweier Menschen, die Ethik einer so verstandenen Ehe in der Erfüllung der Liebe, in der Freiwilligkeit des gegenseitigen Gefühls oder schließlich in der Gemeinsamkeit der Interessen, Schicksale und Wege liegt[181]),so stellt sich unser geltendes Ehescheidungsrecht, das von seinen Voraussetzungen aus so gut wie keine Konzession an die Vergänglichkeiten des Eros macht, und von einer reinen Gewissensehe nichts weiß, durch seinen indirekten Zwang zur Ewigkeit und zum Verschulden als ausgesprochen unzulänglich, verständnislos, ja unsittlich dar. Geht man dagegen davon aus, daß die Ehe genau wie der Einzelne Bestandteil der Gemeinschaft ist und diese Verbundenheit gewisse Rechte der Gemeinschaft gegen den Einzelnen auslöst, so ist die individualistische Ehe nichts als ein registriertes Konkubinat. Dementsprechend sieht der überindividualistische Ideenkreis sowohl in der katholischen Lehre von der Ehe als auch in der staatlich-konservativen Auffassung die Erfüllung und Rechtfertigung der Ehe nicht im Glück der Einzelnen, sondern in ihren Aufgaben gegen die Gemeinschaft oder gegen Gott. Die konservative Auffassung — wie sie zum Teil in Art. 120 RV ausgesprochen wird — ordnet die Ehe staatlichen Zwecken, insbesondere einer positiven Bevölkerungspolitik, der Stärke, dem Wachstum, der „Erhaltung und Vermehrung der Nation" ohne eugenische oder private Rücksichten unter. Der Zweck der Ehe ist die Zeugung und Erziehung der Kinder, und wenn auch die Grundlage im Familienleben belassen wird, so ist doch das weitere Ziel die Erziehung für die Gemeinschaft, d. h. kein individuelles mehr. Der dritte ebenfalls überindividualistische Ideenkreis tritt uns in klarer Geschlossenheit im katholischen Kirchenrecht durch die Eheauffassung des Corpus Juris Canonici (Canon 1013 § 1) und die neuesten Ausführungen der Enzyklika „Casti connubii" von 1930 entgegen. Die Ehe ist hier kein Vertrag sondern ein Sakrament, eine religiöse und kirchliche Einrichtung. Die Ehegatten treten in den Stand der Ehe, deren Hauptzweck „Zeugung und Erziehung des Kindes" ist. Eine Gleichstellung der Ehegatten ist ebenso undenkbar

Anm. [181]) Dazu Marianne Weber, Die Idee der Ehe und die Ehescheidung.

wie ihre Trennung. Denn jeder von ihnen steht mit dem Augenblick der Eheschließung, zu der er sich frei entschließen kann, unter den „von Gott stammenden Gesetzen und wesentlichen Eigenschaften" der Ehe. Wollte man diese drei modernen Hauptauffassungen vom Wesen der Ehe rechtlich darstellen und damit in unserem Sinne inhaltlich „volkstümliches" Recht schaffen, so müßte man, ähnlich wie es bei der Regelung der ehelichen Vermögens- und Gütermassen schon geschehen ist, außer der klareren Durchführung der staatlich-konservativen Ehe für die individualistische Auffassung noch eine eindeutige dritte Eheform wahlweise hinzufügen — man müßte an den rechtlichen Ausbau der Ehe als vorwiegend innere, dem Gewissen der Einzelnen unterstellte Beziehung zweier Menschen denken. Das könnte unter der Voraussetzung der Kinderlosigkeit einer solchen Gemeinschaft und als Wohltat für eine sehr große Gruppe von Menschen durchaus in einer Form geschehen, die der berühmten Lindsey'schen „Kameradschaftsehe" verwandt ist. Lindsey und Evans wollen diese Ehe verstanden wissen[182]) als „eine rechtskräftig geschlossene Ehe mit gesetzlich anerkannter Geburtenkontrolle und dem Recht für kinderlose Paare, sich mit beiderseitiger Einwilligung jederzeit scheiden lassen zu können, ohne daß für gewöhnlich Unterhaltsbeiträge zu zahlen sind". Daß eine solche Lösung erforderlich und vernünftig ist, beweist der unerschütterliche, schon durch Jahrzehnte erhärtete Bestand der unversöhnlich verschiedenen weltanschaulichen Lager, von denen eine einheitliche Basis nicht gefunden werden kann — ja, sie ist vielleicht die einzige Möglichkeit, die Reform des Eherechts nicht ganz der Praxis der Gerichte zu überlassen, die schon anfangen, ihre eigenen „Schnellverfahren" auszubilden. Daß eine solche Lösung nicht absurd ist, beweist das tatsächliche wahlweise Nebeneinander der kirchlichen und der „bürgerlichen" Ehe im geltenden Recht, wenn man auch der kirchlichen Ehe den bürgerlichen Segen versagt hat. Wie der Widerstand auf den betroffenen Seiten zeigt, kann jedenfalls die bestehende Situation nicht durch gewaltsame Durchsetzung und rechtliche Fixierung e i n e r Auffassung, sondern nur durch die Anerkennung der verschiedenen etwa gleichstarken Anschauungen und eine dementsprechende Erschaffung mehrerer Rechtsformen nebeneinander — even-

Anm. [182]) Lindsey-Evans, Die Kameradschaftsehe, S. 9 vgl. im Einzelnen die Vorschläge, Erfahrungen und Ergebnisse der Verfasser.

tuell mit der Möglichkeit eines Übergangs von einer Form zur anderen — ideal gelöst werden. Aber selbst, wenn man die Berechtigung einer derartigen Lösung nicht anerkennt, so wird, wie wir annehmen dürfen, durch diese kurze Darstellung der Ohnmacht des frühen deutschen Rechts klar geworden sein, mit seinen Gedanken die modernen Probleme unbedingt lösen und erfassen zu können. Der mittelalterliche deutsche Familienvater würde über die Zumutung einer Kameradschaftsehe ebenso erstaunt und entrüstet sein wie ein gewisser Teil der modernen Väter und Gatten.

Und darum stellen wir an die Spitze der Germanisierung den Satz: der Wandel des Lebens muß im Recht ununterbrochene Berücksichtigung finden. Das Recht muß sich aus dem Durchdenken der Grundwerte unseres wirklichen gegenwärtigen Lebens herausgestalten[183]). Das wenigstens sollten wir von den Römern und ihrem Recht gelernt haben — ihre unbedingte Gegenwartstreue, ihre plastische Elastizität, ihre erstaunliche Zeitbedingtheit, ihre meisterhafte Fähigkeit unmittelbarer Umsetzung von Leben in juristische Form und ihren unerhörten Wirklichkeitssinn in allen Rechtsdingen von Belang. Wir sollten auch aus der Überwindung der Naturrechtslehre gelernt haben, daß die Rechtsidee nicht unter allen Umständen, Verhältnissen und Zeiten die ewig eine, gleichbleibende, absolute sein kann, sondern daß sie immer an eine stoffliche Unterlage, insbesondere an die Gegebenheiten einer bestimmten Zeit, eines bestimmten Volkes, an ganz gewisse historische und soziologische Daten gebunden und an ihnen ausgerichtet ist[184]). Der Extrakt dieser Erkenntnis ist die Gegenwartstreue eines Rechts als sein erstes Gebot. Vor ihm muß die Germanisierung haltmachen. An ihm muß sie ihren Wert erst erweisen.

Das erste Gebot der Gegenwartstreue allen Rechts.

Anm. [183]) Vgl. Sohm, Institutionen, S. 170.

Anm. [184]) Diese „Stoffbestimmheit der Rechtsidee" wie sie Radbruch nennt, aus der wir als wesentlichstes hier die Zeitbedingtheit nehmen, um die Gegenwartstreue des Rechts zu fordern, ist im Schrifttum insbesondere in der Geschichtsphilosophie des Rechts Anlaß gewesen zu der berühmten Controverse über das Verhältnis von Stoff und Form, zu der Theorie von den „donnés" und „construits" des Rechts (Francois Geny) und zu den „Realien der Gesetzgebung" (Eugen Huber). Vgl. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 78 ff., Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 281 ff. und Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff, S. 313 ff; derselbe Rechtsphilosophie S. 85 ff. Die Unterscheidung von Kraft und Stoff stammt schon von Thomas von Aquino.

2. Die zweite Grenze, die wir zu ziehen haben, ist die Warnung vor dem Kampf gegen das übernommene und fortgebildete römische Recht, wie es sich heute noch vorfindet. Das Wüten dagegen und die einseitige Ablehnung hat sich schon überlebt. Aber es gibt immer noch Stimmen, die jedes Übel in unserem heutigen Recht der Invasion des römischen Rechts zuschreiben. Wenn auch das römische Recht sich im Aufbau und in den Grundbegriffen unseres Privatrechts — z. B. bei der statischen Erfassung der Begriffe Person und Sachen — schädlich ausgewirkt und wenn es auch wie z. B. im Erb- und Familienrecht die unfruchtbare, uneinheitliche „Gemengelage" weltanschaulich ganz entgegengesetzter Prinzipien, das Kauderwelsch der Idiome auf dem Gewissen hat, so darf man doch seinen schädlichen Einfluß nicht überschätzen und seine Verdienste nicht übersehen. Das römische Recht hat uns zur Klarheit, Nüchternheit und Reinheit des Denkens erzogen. In ihm verkörpert sich am tiefsten der letzte Sinn und die ganze Schönheit des Rechts: die Idee der geistigen Ordnung und damit der Freiheit des Menschen gegenüber dem ewig Chaotischen, Ungebändigten, Regellosen des Lebens. Ferner sind einzelne immer gleichbleibende Fragen des Rechts, besonders die allgemeinen Probleme des Obligationsrechts, durch die römische Deutung schlechthin unübertrefflich gelöst worden und haben daher ihre Zeitlosigkeit, Internationalität und einen gewissen Ewigkeitswert. Und schließlich ist noch eins zu bedenken: es kommt niemals so sehr auf die Herkunft und den Ursprung einer Idee, eines Gedankens oder einer Form an als darauf, was man aus ihr macht. Erst an dem Umformungsprozeß, der mit einem fremden Gut im eigenen Lebenskreis vorgenommen wird, erweist sich die Fähigkeit und die Berechtigung des Einzelnen und der Gesamtheit zur Eigengesetzlichkeit, ihr Recht zur eigenen Qualität, zur Persönlichkeit — ihre Originalität. Wer bei diesem Kampf besteht, hat wahrhaft „Recht". Nicht nur äußerlich, indem sich durchsetzt, was er will, sondern vor allem innerlich: die natürliche Stärke der einen Idee überwindet die andere, sie erweist ihren Lebenswert, ihre Existenzberechtigung und damit ihre „Vernunft", — sie zeigt einfach ihre Superiorität. Denn auch hier ist „Gott immer mit den stärkeren Ideen" und in diesem Sinne ist das berühmte Wort Hegels wahr: „Das Wirkliche ist stets vernünftig". So hat auch das deutsche Denken und Empfinden nicht locker gelassen, die römi-

Römisches Recht als Quelle allen Uebels.

Die Transformation der Ideen.

schen Rechtsprofile seit der Reception beständig abzuwandeln, umzuformen, mit andern ethischen Inhalten zu erfüllen, sie zu überwinden und einzufügen in unseren Geist[185]). Daher hat das transformierte römische Recht gewisse wohlerworbene Rechte bei uns. Ihre Tolerierung und Anerkennung ist mehr als wohlverdient — sie ist auch überaus vernünftig. Freilich — bei der Wahl und Prüfung zwischen römischen und germanischen Rechtsgedanken — soweit das heute noch ein Problem ist! — wird die „fundata intentio" in Zukunft umgekehrt zu gelten haben wie im gemeinen Recht: beides ist zu prüfen, soweit es da ist und das für die Verwirklichung der gesetzten Ziele bessere Recht ist zu nehmen. Bei Gleichwertigkeit ist das deutsche Recht zu bevorzugen.

Der organische Kreis u. der Maßstab der Wertbeständigkeit.

Wenn auch der Weg unendlich schwierig ist, so ist doch das Ziel unseres Rechts einfach: es liegt in der Selbstbesinnung. Wie man die Welt nur begreift, wenn man in die eigene Seele hinabsteigt, so begreift das Recht das Leben nur, wenn es sich seiner Grundgehalte, seiner Abhängigkeiten und seines Charakters bewußt wird. Diese Selbstbesinnung heißt zwar prinzipiell Germanisierung, aber doch nur in den Grenzen, die wir gezogen haben. Immer wieder muß betont werden, daß die Grundgedanken des alten deutschen Rechts nur dann Wert für uns haben können, wenn sie ihre tiefere Daseinsberechtigung für unser heutiges Leben zu erbringen vermögen. Darin allein sehen wir Zweck und Wert unserer langen vergleichenden Darstellung des frühen und des heutigen Rechts, daß es uns vielleicht gelungen kein könnte, aufzuweisen, daß die Grundgedanken des alten Rechts ihre lebendige schöpferische Kraft durch die Widerstände der Reception, des Individualismus, des Rationalismus hindurchgetragen haben und sich noch heute als fruchtbare Grundzüge wiederfinden lassen, an die die neue Rechtsgestaltung anknüpfen und von denen aus sie die neuen, vollkommen veränderten Formen und Inhalte unseres jetzigen Lebens von innen durchbluten und erwärmen muß. So soll der dynamische, der genossenschaftliche, der Pflicht- und der Gemeinschaftsgedanke in allen Formen nicht deshalb im modernen Recht vertieft werden, weil er aus unseren Rechtsanfängen stammt, sondern weil er zugleich im modernen Leben[186]),

Anm. [185]) Für diesen Vorgang hat man bekanntlich den bisher unübertroffenen Ausdruck „avitizische Reminiszenz" gefunden.

Anm. [186]) Insoweit ist die soziologische Rechtsbetrachtung als Erkenntnismittel werdenden Rechts wertvoll. Sie sieht bekanntlich den

und nicht zuletzt im „nacktesten Leben" der Wirtschaft wieder gleichsam „von selbst" auftaucht und nach Gestaltung ruft. Denn nur so schließt das Recht einen natürlichen Kreis. Damit vollendet es ein langes dornenvolles, widerspruchsreiches Wachstum. Daraus läßt sich auch die tiefste Berechtigung für die Richtigkeit dieses Weges entnehmen: die organische Rückkehr einer Sache in ihre Anfänge ist immer das sicherste Zeichen ihrer inneren Gradlinigkeit, das Merkmal ihrer originalen Vollendung, der Beweis ihrer höheren Gültigkeit aus sich selbst.

Und so ist uns an der Germanisierung des Rechts um jeden Preis nichts gelegen — an der Deutschwerdung des Rechts aus der Erkenntnis einer tieferen Wertbeständigkeit aber a l l e s. —

Die Aufgabe ist erfüllt. Die ideeliche und sachliche Durchleuchtung des Problems ist beendet. Außer dem in diesem Abschnitt nochmals im Extrakt katalogartig und möglichst greifbar zusammengestellten „Programm" für die künftige praktische Ausgestaltung der Inhalte eines volkstümlichen Rechts hat unsere vornehmste Aufgabe darin bestanden, zu zeigen, durch die Bejahung welcher Werte und Überlegungen man zu der Forderung eines volkstümlichen Rechtes im Ganzen und im Einzelnen gelangt. Wir haben die Ideengänge bloßzulegen versucht, die u. E. zwangsläufig zu der Bejahung der Volkstümlichkeit im Rechte führen und die schlechthin jeder durchlaufen und erwägen muß, der Volkstümlichkeit fordert. Es steht jedem frei, diese Werte und Voraussetzungen zu verneinen. Will man aber überhaupt volkstümliches Recht, so wird man sie als die eigentlichen gedanklichen Träger immer wieder entdecken und von ihnen ausgehen müssen.

Abschließende Begriffsbestimmung der Volkstümlichkeit

Unsere Arbeit hat sich freiwillig auf die nähere Untersuchung der I n h a l t e eines volkstümlichen Rechts beschränkt. Dabei sind wir jedoch von vornherein von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Volkstümlichkeit der Inhalte nur einen Ausschnitt aus dem großen und einheitlichen Gebiet der Volkstümlichkeit eines Rechts darstellt.

Schwerpunkt der Rechtsentwicklung „weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst . . ." — und nicht zuletzt in der Wirtschaft, vgl. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Vorrede S. 12 ff; Gumplowicz a.a.O. Selbst wenn man ihrer Theorie der Rechtsentwicklung nicht zustimmt — sie erinnert manchmal stark an eine „materialistische Volksgeistlehre!" — so gibt sie doch wertvolle Gesichtspunkte auch für den, der den Schwerpunkt der Rechtsentwicklung in der Gesetzgebung, Rechtsprechung oder „Jurisprudenz" sieht.

Durch den Gang der Untersuchung ist nunmehr das Wesen und der Umfang des Begriffes deutlich geworden. Die Volkstümlichkeit eines Rechtes liegt in dem Zusammenschluß ganz verschiedenartiger Einzelelemente und -eigenschaften, die erst dann, wenn sie allen Erscheinungsformen des Rechtes gleichmäßig anhaften und zwar jeder von ihnen in der durch diese Erscheinungsform bedingten stofflichen Eigenart, z u s a m m e n einem Recht das Gepräge der Volkstümlichkeit geben[187]). Um ein Recht volkstümlich zu machen, muß es in seiner Sprache u n d in seinem gedanklichen Aufbau u n d in seiner Anwendung, im Richterspruch u n d in seiner gesetzgeberischen Methode, in seinem System u n d in seinen materiellen Rechtsinstituten — kurz in allen seinen Erscheinungs- und wirkungsformen volkstümlich sein. Dabei ist Volkstümlichkeit der Sprache etwas anderes als Volkstümlichkeit der Rechtsanwendung, diese wiederum etwas anderes als Volkstümlichkeit des Systems und so fort. Allen gemeinsam, das eigentlich verbindende, das sinngebende Element in ihnen, das Volkstümliche, ist die R i c h t u n g: von jedem Gebiet und jeder Erscheinungsform des Rechtes aus bedeutet sie die spezifische Verkörperung, die möglichst getreue Verwirklichung und Durchtränkung des Rechtes mit der aus dem Volksganzen wachsenden Geistes, -Sprach- und Wesensart. Nur wenn einer Rechtsordnung in allen ihren Zügen g l e i c h m ä ß i g diese Volksverbundenheit anhaftet, nur wenn sie durchgehend in allen ihren Figuren, Zielsetzungen und Mitteln diese Orientierung erhält, wird sie volkstümlich sein. Da diese Richtung und ihre Ansatzflächen bestimmbar sind, ist es gleichgültig, daß man unter der Lupe rein logischer Betrachtung vielleicht nicht immer präzise sagen kann, worin das spezifische „Volkstümliche" besteht. Gleichgültig ist es, daß sich der Begriff im Einzelnen logisch zerpflücken, rational hinwegdiskutieren, häufig begrifflich gar nicht erjagen läßt, da es sich isoliert gesehen besonders auf dem „formalen" Gebiet der Volkstümlichkeit der Sprache, Gesetz- und Urteilsfassung oder im Einzelnen der Rechtsanwendung um einen im tiefsten Sinne imponderabilen Wert, um eine Ungreifbarkeit handelt. Wesent-

Anm. [187]) Auf die Vieldeutigkeit, wissenschaftliche Unfaßbarkeit und Ungeklärtheit des Begriffs weist Klausing in Wirtschaftsrecht S. 26 Anm. 17 b und in DJZ. 1929 H. 19 Sp. 1266 hin. Dort findet sich auch eine kurze Andeutung darüber, daß das Wesen des Begriffs wahrscheinlich in der Zusammensetzung verschiedenartiger Elemente zu suchen sei.

lich und das stärkste Argument zur Bejahung der Volkstümlichkeit gegenüber allen rationellen Zweifeln ist, daß die Züge, welche als Ganzes die Volkstümlichkeit ausmachen, in ihrer Gesamtheit unleugbar als ein durchaus bestimmtes sichtbares Charakteristikum, daß sie in ihrer Gesamtheit als Volkstümlichkeit real und greifbar zutage treten. Diese Sichtbarkeit des Unsichtbaren in der Gesamtwirkung wird sofort durch einen Blick auf die markantesten Beispiele, die wir auf unserem Gebiet haben, durch die Betrachtung des recipierten Rechtes in Deutschland und des neuen Schweizerischen Rechtes erkennbar. Niemand kann leugnen, trotz vielen Streites im Einzelnen, daß das recipierte Recht immer unvolkstümlich war, daß das Schweizer Recht im besten Sinne volkstümlich ist. —

Wenn aber Volkstümlichkeit die vollständige Durchdringung einer Rechtsordnung mit dem Fluidum einer auf das Volksganze gerichteten, alle Rechtsformen vollständig erfüllenden, in ihrer Richtung und ihren Ansatzflächen bestimmbaren Kraft bedeutet, dann gibt es für eine zukünftige volkstümliche Rechtsgestaltung nur einen Weg: das g a n z e Recht gleichmäßig zu erfassen und ganze Arbeit zu tun.

Möge es unserer Zeit und ihrem Bemühen in diesem Sinne eines Gesamtumbaues, einer vollständigen Neubildung an Leib und Seele des Rechtes durch eine glückliche, ins Kleinste gehende, die Richtung auf das Volk und seine ewigen Werte unablässig achtende und zugrundelegende Reform endlich gelingen, ein Recht zu schaffen, in dem der echte Ton, der wirkliche Inhalt, der im Ergebnis klare und reale Vorzug höchster Volkstümlichkeit enthalten ist. Denn unsere Zeit scheint mehr als irgendeine dazu berufen, diese jahrhundertalte Sehnsucht des Volkes und seiner besten Köpfe zu verwirklichen und — die deutschen Juristen sind der Rechtsgeschichte die Erfüllung dieser Sehnsucht in der Tat schuldig. —

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Adickes: Lehre von den Rechtsquellen, Cassel 1872.

Amira: Die Dresdner Bilderhandschrift des Sachsenspiegels, Leipzig 1902/3.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs, 9. Aufl. Berlin 1929.

Baumgarten, A.: Rechtsphilosophie, Sonderausgabe v. Handbuch der Philosophie, München 1929.

Baumgarten, A.: Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Tübingen 1922.

Baumgarten, A.: Der Weg des Menschen, Tübingen 1933.

Baumgarten, A.: Strafrecht und Volksempfinden, Berlin 1909.

v. Beckerath: Rationelle Industriewirtschaft in den Vereinigten Staaten und in Deutschland, in: Schriften der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, Nr. 2 (Februar) 1927, S. 24 ff.

Behagel, W.: Das Badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon, 2 Bde. Karlsruhe 1875/6.

Benkard: Vom Wachsen des öffentlichen Rechts in JW. 1927, S. 2177 ff.

Beradt, M.: Der deutsche Richter, Frankfurt 1930.

Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892.

Beseler: Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843.

Biermann: Die Gründe der Zweifelhaftigkeit rechtlicher Ergebnisse Gießener Rektoratsrede) Gießen 1911.

Binder: Philosophie des Rechts. Berlin 1925.

Blomeyer: Recht und Gericht in England und in Deutschland in Arch. f. Rechtspflege i. Sachsen, Thüringen und Anhalt 7. Jhrg. 1930 Heft 1/2 S. 1—89.

Bonn: Geld und Geist, Vom Wesen und Werden der amerikanischen Welt, Berlin 1927.

Bott-Bodenhausen: Formatives und funktionales Recht in der gegenwärtigen Kulturkrisis, Berlin 1926.

Brie: Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule, Berlin 1909.

Brie: Die Lehre vom Gewohnheitsrecht Bd. I, Berlin 1899.

Colbert, C.: Bankleute und Börsenspieler vor 2000 Jahren, Constanz 1924.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Bd. 8. A. Jena 1924.

Crome, K.: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I. Berlin 1900.

Darmstaedter: Sozialwirtschaftliche Theorie und sozialwirtschaftliche Praxis des kapitalistischen Zeitalters, Der Strukturwandel des Rechts in Arch. f. Rechts- u. Wirtsch. Philosophie Bd. 25 S. 180 ff.

Deinhardt, R.: Volkstümliches Recht, Leipzig 1922.

Deloume: Les Manieus d'Argent à Rome, Paris 1892.

Dernburg, H.: System des römischen Rechts. Der Pandekten. 3. A. Berlin 1892.

Duguit, L.: Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Paris 1920.

Egger: Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts. Zürich 1925.
Ehrlich, E.: Grundlegung der Soziologie des Rechts. Neuauflage, München 1928.
Ehrlich, E.: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft Vortrag Leipzig 1903.
Endemann, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903.
Engels, Fr.: Vom Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates, 20. Aufl. Berlin 1921.
Enneccerus, L.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, 30/4. Auf. Marburg 1928.
Ernst: Berufsrichter und Volksrichter in der Strafrechtspflege. Berlin 1911.
Fehr, H.: Statistisches und dynamisches Recht in Südd. Monatshefte 26. Jhrg. Heft 4 S. 266 ff. Januar 1929.
Fehr, H.: Recht und Wirklichkeit; in Prinzhorn's „Bücher des lebendigen Wissens", Potsdam und Zürich o. J.
Fehr, H.: Deutsche Rechtsgeschichte 2. Aufl. Berlin 1925.
Fehr, H.: Das Recht in der Dichtung. Bern 1931.
Fehr, H.: Das Recht im Bilde, München Leipzig 1923.
Feiler: Das Experiment des Bolschewismus, Frankfurt M. 1929.
Feuerbach: Betrachtungen über das Geschworenengericht. Landshut 1813.
Fichte: Reden an d. deutsche Nation. Ausgabe des Inselverlags Leipzig 1909.
Flechtheim: Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht (Bericht an den Enquête-Ausschluß: wirtschaftl. Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts, Berlin 1926.
Ford, H.: Das große Heute das größere Morgen 21.—30. Aufl. Leipzig o. J.
Fraenkel, E.: Zur Soziologie der Klassenjustiz, Berlin 1927.
Freund: Zivilrecht der Sowjetunion in Heinsheimers Zivilgesetzen der Gegenwart, Mannheim 1927.
Fried: Das Ende des Kapitalismus, Jena 1931.
Friedell, E.: Kulturgeschichte der Neuzeit Bd. II München 1928.
Fuchs, E.: Juristischer Kulturkampf, Karlsruhe 1912.
Fuchs, E.: Recht und Wahrheit in unserer heutigen Jurisprudenz. Berlin 1908.
Fuchs, E.: Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe 1909.
Fuchs, E.: Das Verhältnis der Freirechtslehre zum deutschen und ausländischen Rechtsgedanken. In: Die Justiz Bd. I 1926.
Gareis: Vom Begriff Gerechtigkeit, Gießen 1907.
Geiler: Grundsätzliches zur Aktienrechtsreform in JW 1927 S. 1069.
Geiler: Die wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht in Gruchots Beitrag 68, 594 ff.
Geldart-Werth/Regendanz: Grundzüge des englischen Rechts, Berlin 1929.
Gerland, H.: Die englische Gerichtsverfassung in ihrer gegenwärtigen Verfassung und die deutsche Gerichtsreform. Bd. I 1908 Bd. 2 1910 Leipzig und Berlin.
Gerland, H.: Die Einwirkung des Richters auf d. Rechtsentwicklung in England, Leipzig und Berlin, 1910.
Gerland, H.: Probleme des englischen Rechtslebens Vortrag Leipzig 1929.

Gierke, O.: Deutsches Privatrecht, Bd. I 1895 Leipzig, Bd. II/III 1905 Leipzig.
Gierke, O.: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag Berlin 1889.
Gierke, O.: Das bürgerliche Gesetzbuch und der Dt. Reichstag II. Auflage Berlin 1896.
Gierke, O.: Deutsches Genossenschaftsrecht Bd. I Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868.
Giese: Verfassung des Dt. Reiches 7. Aufl. Berlin 1926.
Glungler: Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung, München 1930.
Gneist: Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht (in Festgabe für Beseler) Berlin 1885.
Greiner, M.: Die Aktiengesellschaft mit Beteiligung der Arbeitnehmer. 1927 Beriner Dissatation.
Grimm, J.: Rechtsaltertümer Bd. I, II Leipzig 1922.
Gumplowicz: Rechtsstaat und Sozialismus. Innsbruck 1881.
Glumplowicz: Grundriß der Soziologie. Innsbruck 1926.
Hatschek: Deutsches und Preußisches Staatsrecht 2 Bände, Berlin 1922/3.
Hattzfeld: Der Streit der Parteien, Berlin 1911.
Hausmann, Fr.: Die Aktiengesellschaft als „Unternehmen an sich" in JW 1927, Heft 51, S. 2953 ff.
Hausmann, Fr.: Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Mannheim 1928.
Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, herausgegeben von G. Lasson 2. A. Leipzig 1921.
Heilfron, Ed.: Deutsche Rechtsgeschichte 2. Abt. des I. Teils von „Das Gemeine Privatrecht" 2. Aufl. Berlin 1896.
Heller, H.: Europa und der Faschismus, Berlin 1929.
Hellwig, A: Zur Frage der Volkstümlichkeit des Rechts, in DRZ. VII. Nr. 21/22 S. 760 ff.
Hellwig, A.: Zur Frage der Volkstümlichkeit des Rechts in DRZ VII. Jhrg. Nr. 21/22 S. 760 ff.
Herzog: Das Recht in der Schweiz, Berlin 1885.
Hirschberg-Neumeyer: Die italienischen Gewerkschaften, Jena 1928.
Hoche, A.: Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik, Berlin 1932.
Holldack: Grenzen der Erkenntnis ausländischen Rechts, Leipzig 1919.
Huber, E.: Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921.
Huber, E.: Erläuterungen zum Vorentwurf des schweiz. Zivilgesetzbuches, 3 Hefte 1901—2 Bern.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Bd. Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.
v. Ihering, R.: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I. Teil 5. Aufl. Leipzig 1891 II. Teil 5. Aufl. Leipzig 1894.
v. Ihering, R.: Der Kampf ums Recht, Berlin 1925.
Isay, H.: Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern Syst. erl. 4. Aufl. Berlin 1926.
Isay, H.: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.
Jung, E.: Rechtsregel und Rechtsgewissen in Arch. f. ziv. Praxis Bd. 118, S. 1 ff.
Jung, E.: Das Problem des natürlichen Rechts, München 1912.
Kade: Die Volkstümlichkeit des Rechts in DRZ. IX Nr. 7/8 S. 181 ff DRZ. V Nr. 16 S. 638 ff DRZ. 1913 S. 1 ff.
Kade: Die Volkstümlichkeit des Rechts in DRZ. V. Jg. Nr. 16 S. 638 ff. IX. Jg. Nr. 78 S. 181 ff.
Kandeler: Die Stellung der Berufsverbände im öffentlichen Recht, Berlin 1927.

Kantorowicz: Rechtswissenschaft und Soziologie, Tübingen 1911.
Karplus: Handbuch des englischen Privatrechts, Leipzig 1917.
Kaskel: Arbeitsrecht, Berlin 1925.
Kelmann: Die Entwicklung der produktiven Kräfte als Grundidee des Sowjetrechts, in Ostrecht I (1925 H. 4) S. 477 ff.
Kelsen, H.: Staatsform als Rechtsform in öff. RZ. V (1926) S. 77 ff.
Kelsen, H.: Allgemeine Staatsrechtslehre, Berlin 1925.
Keynes, I. M.: Das Ende des Laissez-Faire, Ideen zur Verbindung von Privat- und Gemeinwirtschaft, München 1926.
Kiss, Geza: Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes" Recht in Iherings Jahrbüchern 58 (1911) S. 413 ff.
Klausing: Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände, Berlin und Wien 1928.
Klausing: Wirtschaftsrecht in Beiträge zum Wirtschaftsrecht. Marburg 1931 S. 1—87.
Klausing: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen in DJZ. 1929 Heft 19 Sp. 1260—8.
Klee, Karl: Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichts, in: Festgabe d. jurist. Fakultiven zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. V. Bd. 1929 S. 72 ff.
Klein, Franz: Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung, Berlin 1912.
Koellreutter: Staat und Richterrecht in England und in Deutschland in „Der Rechtsgang II. Bd. 1916 S. 241—266.
Kohler, J.: Lehrbuch der Rechtsphilosophie 3. Aufl. neu bearb. von Arthur Kohler, Berlin 1923.
Kohler: J.: Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch. In Rhein. Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht V. Jg. 1. Heft S. 1—44.
Kornfeld: Das Rechtsgefühl in Zeitschr. f. Rechtsphilosophie Bd. I S. 135, II. S. 28.
Kracht, E.: Zur Frage der Volkstümlichkeit, in Dt. Richterzeitung VII Nr. 5/6 S. 159 ff.
Kracht, E.: Zur Frage der Volkstümlichkeit DRZ. VII. Jg. 516 S. 159 ff.
Krückmann, P.: Die Entfremdung zwischen Recht und Volk, Vortrag Leipzig 1899.
Laband: Das Staatsrecht des Dtsch. Reichs, 5. Aufl. Bd. II Tübingen 1911.
Lehmann, H.: Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1926.
Lindsey und Evans: Die Kameradschaftsehe. Berlin und Leipzig 1928.
Magnus: Die Höchsten Gerichte der Welt, Leipzig 1929.
Mangler: Sollen und können wir Richter bei der Verbreitung von Rehtskunde mitwirken? in DRZ V. Nr. 16 S. 631 ff.
Manigk: Formalismus und Frei-Rechtsschule in Handbuch f. d. Rechtswissenschaft Bd. II 1927 S. 484.
Marschall von Bieberstein Frhr.: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze. Akademische Rede Stuttgart 1927.
Matthaei: Grundriß des Arbeitsrechts, Mannheim 1923.
Meinecke, Fr.: Die Idee der Staatsraison in der neuen Geschichte, München/Berlin 1924.
Metzger, E.: Moderne Strafrechtsprobleme, Marburger Rede 1927.
Montesquieu: De l'ésprit des lois 2 Bde. Nouvelle Edition Aur deux-ponts 1784.
Müller, Alfred: Statistisches und dynamisches Recht Archiv für Rs. u. Wirtschgsch.
Bd. 20 (1926/7) S. 529—48.

Münch, F.: Erlebnis und Geltung in Kantstudien, Philos. ZS. Nr. 30 Berlin 1911—1914.

Natorp, P.: Die Weltalter des Geistes, Die Seele des Deutschen in: Deutscher Weltberuf, Geschichts-philos. Richtlinien, Jena 1918.

Nelson, L.: Die Rechtswissenschaft ohne Recht, Leipzig 1920.

Neumann, Franz: Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, Berlin 1929.

Oertmann, P.: Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914.

Oertmann, P.: Volkstümliches Recht in: Der Staatsbürger Nr. 819 (1910) S. 351 ff.

Oertmann, P.: Volksrecht und Gesetzesrecht, Dresden 1898.

Oppikofer, H.: Das Unternehmensrecht in geschichtl., vergleichender u. rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927.

Ortega Y Gasset: Der Aufstand der Massen, Stuttgart-Berlin o. J.

Ortega Y Gasset: Die Aufgabe unserer Zeit, Stuttgart-Berlin o. J.

Pascal, Bl.: Pensées sur la religion, übersetzt von C. Gahlen bei Reclam Leipzig.

Paschukanis: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus Untertitel: Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe, Aus dem Russischen von Hajos Berlin 1929.

Planck: Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, in Archiv f. d. Civilistische Praxis, Neue Folge Bd. 75, S. 327—429.

Planitz, H.: Der Sachsenspiegel; im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. V (1927) S. 229 ff.

Puchta: Das Gewohnheitsrecht, Erlangen Bd. I 1828, Bd. II 1837.

Radbruch, G.: Rechtsidee und Rechtsstoff in Archiv für R. u. Wirtschaftsphilosophie Bd. 17 (1923) S. 343 ff.

Radbruch, G.: Einführung i. d. Rechtswissenschaft 7/8. Auflage Leipzig 1929.

Radbruch, G.: Rechtsphilosophie, Leipzig 1932.

Radbruch, G.: Der Mensch im Recht, Tübingen 1927.

Rathenau, W.: Von kommenden Dingen, Berlin 1917.

Rathenau, W.: Vom Aktienwesen, Berlin 1918.

Reichel, H.: Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915.

Reichel, H.: Zu den Einleitungsartikeln des Schweizer Zivilgesetzbuches in Festgabe für Stammler, Berlin 1926.

Reiners: Die wirkliche Wirtschaft, München 1932.

Renner, Karl: Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Tübingen 1929.

Riezler, E.: Das Rechtsgefühl, Rechtspsychologische Betrachtungen, München, Berlin, Leipzig 1921.

Riezler, E.: Einleitung z. Allgemeinen Teil (Bd. I.) von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze 9. A. München, Berlin, Leipzig 1925.

Rosenstock, E.: Vom Industrierecht, Rechtssystematische Fragen, Berlin 1926.

Rossi: Tarité du droit pénal Bruxelles 1850.

Rousseau: Der Gesellschaftsvertrag, oder die Grundsätze des Staatsrechtes, übers. v. Denhardt bei Reclam Leipzig.

Rümelin, Gustav: Das Gewohnheitsrecht in Jahrbücher für dt. Dogmatik Bd. 27 S. 153—252.

Rümelin, Max: Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts in Arch. f. civ. Praxis NF Bd. 2 (1924) S. 294 ff.
Rümelin, Max: Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein, Tübingen 1925.
Rümelin, Max: Die Billigkeit im Recht, Tübinger Rede 1921.
Rümelin, Max: Die Gerechtigkeit Akademische Rede, Tübingen 1920.
Rümelin, Max: Das Neue Schweizerische Zivilgesetzbuch und d. Bedeutung für uns, Rede Tübingen 1908.
Rumpf: Max: Volk und Recht 4 Vorträge bei Stalling, Oldenburg o. J. (1910?)
Rumpf, Max: Das Ideal des volkstümlichen Rechts, Leipzig 1913.
C. G. S. — C. G.: Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der Preußischen Staaten, Berlin-Stettin 1793.
Sauer, W.: Philosophie der Zukunft, Stuttgart 1923.
Sauer, W.: Übersicht über die gegenwärtigen Richtungen in der deutschen Rechtsphilosophie, Berlin 1924.
Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Freiburg 1892.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts Bd. 1—8, Berlin 1840—49.
Scheler: Wesen und Formen der Sympathie Untertitel: Die Sinngesetze des emotionalen Lebens Bd. I 3. Aufl. Bonn 1931.
Scheler: Der Formalismus in der Ethik u. die materiale Wertethik, 3. Aufl. Halle 1927.
Schmidt, Bruno: Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, Leipzig 1899.
Schmitt, Carl: Gesetz und Urteil, Berlin 1912.
Schopenhauer: Die Welt als Wille und Vorstellung 2. Bd. 2. Aufl. Leipzig 1922.
Schröder-v. Kunssberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1919.
Schultz, Heinrich: Die Reform des Bürgerlichen Gesetzbuchs in: DJZ. 1928, 47 ff.
Seibert, Th.: Das rote Rußland, 4. Aufl. München 1932.
Simmel, G.: Hauptprobleme der Philosophie, 3. Aufl. Berlin und Leipzig 1913.
Simons: Das Reichsgericht, in Magnus, Die höchsten Gerichte der Welt S. 3—51. Leipzig 1929.
Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts 2. Aufl. Jena 1928.
Sling: Richter und Gerichtete, Berlin o. J.
Smend, R.: Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928.
Sohm, R.: Institutionen-Geschichte u. System des röm. Privatrechts bearb. v. L. Mitteis herausgegeben v. L. Wenger 17. Aufl. Leipzig 1928
Sombart, Werner: Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932.
Somló, S. F.: Maßstäbe zur Bewertung des Rechts in Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-philosophie Bd. III, S. 508 ff.
Spencer, H.: Principles of sociology 3. Bd. London o. J. bei Williams a. Norgate.
Spengler, Oswald: Der Untergang des Abendlandes 2 Bde. München 1919 und 1924.
Spranger, E.: Lebensformen, Halle 1922.
Stammler, R.: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Berlin und Leipzig 1924.
Stammler, R.: Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1923.
Stammler, R.: Die Lehre von dem richtigen Rechte, Halle 1902.

Staub, Hugo: Psychoanalythisches Volksbuch, Berlin 1926.
Staudinger, J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze 9. Aufl. VI Bd. I. Teil, München, Berlin, Leipzig 1929.
Stier-Somlo, Fritz: Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle in: Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenschaft u. Volkswirtschaftslehre, Berlin V. Jg. 1. Abt. S. 58—86.
Sturm, A.: Die psychologische Grundlage des Rechts, Hannover 1910.
Stüssi: Recht und Initiative in den Schweizer Kantonen, Zürich 1893.
Theilhaber, R.: Die Wertung des Menschen im Recht in: Die Justiz, 1926 S. 303.
Tönnies, F.: Die große Menge und das Volk, in Schmollers Jahrbuch Bd. 44 (1920) S. 317 ff.
Tönnies, F.: Kritik der öffentlichen Meinung, Berlin 1922.
Vaihinger: Die Philosophie des Alsob 3. Aufl. Leipzig 1919.
Vierhaus: Über die Methode der Rechtsprechung, Hannover 1911.
Wach, A.: Legislative Technik in Vergleichende Darstellung des dt. u. ausl. Strafrechts Allg. Teil VI. Bd. S. 1 ff, Berlin 1908.
Wagemann: Die Arbeitsgesetze mit Erläuterungen aus der höchstrichtl. Rechtsprechung des RAG's u. d. Landesarbeitsgerichts, Berlin 1929.
Wagener: Grundlagen und Ziele der nationalsozialistischen Wirtschaftspolitik, München 1932.
J. v. Wagner: Johann v. Schwarzenberg, Berlin 1893.
Weber, H. v.: Rechtseinheit und Rechtsprechung Jenaer Rede Tübingen 1929.
Weber, Marianne: Die Idee der Ehe und die Ehescheidung, Frankfurt. M. 1929.
Weigelin: Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, in Leip. Zeitschrift 1926, Sp. 29 ff.
Wenger, L.: Zum Zivilrecht Sowjetrußlands in Archiv f. Rechts- und Wirtschafts-Philosophie Bd. XX, S. 3—56 1926.
Wertheimer: Die Reform des schweizerischen Aktienrechts, in Blätter für Intern. Privatrecht 1926 S. 56 ff.
Wertheimer: Entwicklungstendenzen im deutschen Privatrecht, Tübingen 1928.
Wieland: Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1911.
Windelband, W.: Die Philosophie im deutschen Geistesleben des 19. Jahrhunderts, 3. A. Tübingen 1927.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes 9. Aufl. bearbeitet v. R. Kipp, 3 Bd. Frankfurt M. 1906.
Winkler, L.: Deutsches Recht im Spiegel deutscher Sprichwörter, Leipzig 1927.
Wundt, W.: Die Nationen und ihre Philosophie, Leipzig 1916.
Wundt, W.: Völkerpsychologie, Bd. IX. Das Recht, Leipzig 1918.
Wundt, W.: Vom Geist unserer Zeit, Leipzig 1922.
Wurzel, H. G.: Die Sozialdynamik des Rechts U. T.: Die Lehre von d. Eigenkräften des Rechtslebens als Verbindungsglied der auseinanderstrebenden Rechtstheorien, Wien 1924.
Wüstendorfer, H.: Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, in Arch. f. civ. Praxis Bd. 110 S. 219 ff.
Zaitzeff, L.: Das Eigentumsrecht im Sowjetstaate i. Zeitschr. f. osteuropäisches Recht Jg. 1925 Bd. II S. 425 ff.

Zeiler: Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung, München 1911.
Zimmermann: Rechtsprechung und Volksempfinden, in: Juristenwelt Bd. II N 3 S. 37 ff.
Zitelmann, E.: Lücken im Recht (Rede) Leipzig 1903.
Zitelmann, E.: Gewohnheitsrecht und Irrtum in Archiv f. civil. Praxis Bd. 66 S. 323 ff.

Gesetzestexte:

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten 4 Bände herausg. u. erläutert von Rehbein, Reincke 2. Auflage Berlin 1882.

Les cinq codes herausg. v. Cramer Koblenz o. J. bei Karl Bädeker.

Der Sachsenspiegel — Landrecht — in einer Übersetzung von C. Rotermund, Herrmansburg o. J.

Weiske, J.: Der Sachsenspiegel — Landrecht, Leipzig 1911.

Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 herausg. v. Stuber 5. Aufl. bei Reclam Leipzig.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 herausg. v. Stuber 4. Aufl. bei Reclam Leipzig.

Lebenslauf.

Als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Willy Kraeuter und seiner Ehefrau Erna geborenen Dahl wurde ich am 12. April 1906 in Schneidemühl, Grenzmark Posen-Westpreußen, geboren.

Ich besuchte bis zur Unterprima das Gymnasium in Schneidemühl, siedelte sodann auf die Klosterschule in Roßleben über; am 14. März 1924 bestand ich dort das Abiturientenexamen.

Anschließend war ich ein halbes Jahr in Bremen bei einem Exportgeschäft in kaufmännischer Lehre, ein halbes Jahr diente ich mit der Waffe bei der Reichswehr in Dt. Krone.

Im April 1925 begann ich das juristische Studium an der Universität Marburg, setzte es in München, Berlin, Königsberg fort und beendete es im April 1929 in Frankfurt a. Main.

Am 8. November 1930 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Frankfurt a. Main die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut".

Seit dem 23. Januar 1931 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst — zunächst im Bezirk des Oberlandesgerichts Marienwerder, seit Februar 1932 im Kammergerichtsbezirk.

Wolfgang Kraeuter,
Referendar.